

# La indeterminación del campo de la justicia transicional en Colombia



**Astrid Orjuela Ruiz\***

Observatorio de Violencia Sexual y Derecho Comparado,  
Universidad Nacional de Colombia

**Carlos Lozano Acosta\*\***

Grupo Plebio, Universidad Nacional de Colombia

Fecha de recepción: 16 de diciembre de 2011

Fecha de aceptación: 16 de febrero de 2012

## RESUMEN

La justicia transicional debe enfrentar la negación de las atrocidades. A pesar de la sofisticación del marco de derechos humanos presente en el sistema legal colombiano, el campo de la justicia transicional en Colombia adolece de un significativo grado de indeterminación normativa, como si dicho campo aconteciera en un “vacío constitucional”. Como consecuencia, ha sido objeto de uso estratégico por parte de distintos actores políticos dotados de intencionalidad en la fijación del sentido del arreglo institucional de la llamada justicia transicional.

Para citar este artículo: Orjuela Ruiz, Astrid & Lozano Acosta, Carlos, “La indeterminación del campo de la justicia transicional en Colombia”, *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, 2012, 14, (1), pp. 255-281.



\* Abogada, especialista en Derecho Constitucional y magíster en Estudios de Género de la Universidad Nacional de Colombia. Consultora de ONU Mujeres - Colombia e integrante del Observatorio sobre Violencia Sexual y Derecho Comparado de la Universidad Nacional de Colombia. Correo electrónico: astridorjuela@gmail.com. Este artículo es una opinión académica personal que no representa la posición de ONU Mujeres.

\*\* Abogado y magíster en Derecho de la Universidad Nacional de Colombia. Investigador Especializado del Centro Internacional para la Justicia Transicional, Programa Colombia (ICTJ). Investigador Asociado del Grupo “Política y Legislación en Biodiversidad, Conocimiento Tradicional y Acceso a Recursos Genéticos” vinculado al Instituto de Genética de la Universidad Nacional de Colombia (Plebio UN). Correo electrónico: chlozanoa@gmail.com. Este artículo es una opinión académica personal que no compromete ni refleja la posición del ICTJ.

El uso estratégico gravita entre el acatamiento pleno del marco de derechos humanos o su elusión en distintos grados. La elusión niega las atrocidades. Para que el discurso de la justicia transicional en Colombia contribuya a hacer justicia por las atrocidades, debe dar viabilidad práctica a los derechos de las víctimas, no reducir esos estándares. Para ello, son necesarios dos requisitos: desde el punto de vista sustantivo, debe acatar las obligaciones en materia de verdad, justicia y reparación, que son parámetro de constitucionalidad, y respetar el núcleo esencial de tales derechos, sin perjuicio de la libertad de configuración legislativa y de la ponderación judicial. Desde el punto de vista procedimental, debe adoptar como metodología un enfoque contextualizado de análisis comparado que evite el trasplante acrítico de experiencias internacionales inaplicables.

**Palabras clave:** justicia transicional, indeterminación jurídica, neutralidad judicial, negación, contextualización.

## *The Indeterminate Content of the Field of Transitional Justice in Colombia*

### **ABSTRACT**

Transitional justice (TJ) must confront the denial of atrocities. Despite the sophistication of the national human rights legal framework in Colombia, a significant level of normative indeterminacy qualifies TJ, as if the field could work in a “constitutional vacuum.” As a consequence, various political agents, who intentionally attempt to determine the content of the TJ scheme, have used the field strategically. The strategic use of the field ranges from total observance of the human rights framework all the way to attempts to circumvent human rights obligations. These attempts to dodge human rights obligations contribute to the denial of atrocities. If TJ rhetoric is to contribute to accountability in Colombia, it must contribute to the realization of victims’ rights, not contribute to the devaluation of standards. In order to reach such a purpose, two requirements are necessary: from a substantive perspective, TJ must observe the essential core of international standards regarding truth, justice and repair, which serve as constitutional parameters even in the context of legislative authority or judicial weighting; and from a procedural perspective, TJ must apply a sound methodology that considers a contextualized approach to comparative analysis, in order to avoid the non-reflexive transplantation of international experiences.

**Key words:** transitional justice, legal indeterminacy, judicial neutrality, denial, contextualization.

# A indeterminação do campo da justiça transicional na Colômbia

## RESUMO

A justiça transicional deve enfrentar a negociação das atrocidades. A pesar da sofisticação do marco de direitos humanos presente no sistema legal colombiano, o campo da justiça transicional na Colômbia adoece de um significativo grau de indeterminação normativa, como se este campo acontecera em um “vazio constitucional”. Como consequência, tem sido objeto de uso estratégico por parte de distintos atores políticos dotados de intencionalidade na fixação do sentido do arranjo institucional da conhecida justiça transicional. O uso estratégico, gravita entre o acatamento pleno do marco dos direitos humanos ou sua esquivia em distintos graus. A esquivia nega as atrocidades. Para que o discurso da justiça transicional na Colômbia contribua a fazer justiça pelas atrocidades, deve dar viabilidade prática aos direitos das vítimas, não reduzir esses padrões. Para isso, são necessários dois requisitos: desde o ponto de vista substancial, deve acatar as obrigações em matéria de verdade, justiça e reparação, que são parâmetro de constitucionalidade e respeitar o núcleo essencial de tais direitos, sem prejuízo da liberdade de configuração legislativa e da ponderação judicial. Desde o ponto de vista procedimental, deve adotar como metodologia um enfoque contextualizado de análise comparado que evite o transplante acrítico de experiências internacionais inaplicáveis.

**Palavras chave:** justiça transicional, indeterminação jurídica, neutralidade judicial, negação, contextualização.

## INTRODUCCIÓN

La justicia transicional (JT) es un campo del conocimiento en permanente transformación.<sup>1</sup> Desde el punto de vista comparativo, tiene un valor agregado innegable: analiza sobre la práctica cómo hacer justicia a víctimas de atrocidades masivas en contextos problemáticos y desafiantes. Se propone resolver holísticamente problemas de los que el derecho internacional de los



<sup>1</sup> Por justicia transicional puede entenderse “la concepción de justicia asociada con períodos de cambio político, caracterizados por respuestas legales que tienen el objetivo de enfrentar los crímenes cometidos por regímenes represores anteriores” (Teitel, Ruti, “Transitional Justice Genealogy”, *Harvard Human Rights Journal*, 2003, (16), p. 69). No obstante, otros expertos sugieren que el término es impreciso, “ya que se refiere más comúnmente a la justicia durante la transición que a alguna forma de justicia diferenciada o alterada” (Bickford, Louis, “Transitional Justice”, *The Encyclopedia of Genocide and Crimes Against Humanity*, 2002, (3), p. 1045). Proponemos entender por justicia transicional la respuesta estatal a la comisión masiva de atrocidades, comúnmente –pero no siempre– relacionada con eventos de transformación política, con el fin de interpelar el carácter injusto y enfrentar la negación de dichas atrocidades, por medio del reconocimiento a las víctimas; la descalificación normativa de las violaciones; el reproche a los responsables –entre los cuales puede estar el propio Estado– y la afirmación de los valores transgredidos por la victimización. Los mecanismos específicos de la justicia transicional no necesariamente la definen y pueden variar según el contexto.

derechos humanos pretende ocuparse pero que por sí solo no puede solucionar. Por lo tanto, una JT normativamente bien enfocada puede ser de enorme utilidad y conveniencia para Colombia. Programas administrativos de reparaciones genuinos, iniciativas estratégicas de persecución penal y comisiones de la verdad oportunas pueden contribuir a la superación del legado de abusos fruto de más de medio siglo de violencia en el país, de una manera cualitativamente distinta a aquella propia de los mecanismos ordinarios.

Con ocasión de la expedición de la Ley 975 del 2005,<sup>2</sup> en Colombia se empezó a hablar de JT. Parece ser que ese discurso llegó para quedarse. A partir de la promulgación de dicha Ley, tuvo lugar una explosión de instituciones, programas, normas y decisiones judiciales que afirman la “existencia” de la JT en el país.<sup>3</sup> La irrupción de ese campo<sup>4</sup> ha generado una amplia gama de incentivos económicos, políticos e incluso de reconocimiento profesional entre distintos agentes dotados de intencionalidad, para quienes, por un lado, la existencia de la llamada JT, por distintas razones, es más conveniente que su ausencia.<sup>5</sup> Por otro lado, una determinada interpretación de los alcances de ese concepto es más provechosa que otras. Como consecuencia, la comprensión de lo que se entiende por tal concepto en el contexto colombiano es tremendamente ambigua y disputada. Va desde la reducción de estándares hasta mecanismos para conseguir la paz. Se habla de la JT



<sup>2</sup> La Ley 975 del 2005, conocida como “Ley de Justicia y Paz”, es una herramienta colombiana de sometimiento penal condicionado a la satisfacción de requisitos mínimos en materia de verdad, justicia y reparación para las víctimas. Si bien fue diseñada para la desmovilización de todos los grupos armados ilegales, es resultado de un proceso de negociación de la administración del presidente Álvaro Uribe con los grupos paramilitares.

<sup>3</sup> De manera notable, la Sentencia C-370 del 2006, el Decreto 1290 del 2008 y las leyes 1424 del 2010 y 1448 del 2011. Así mismo, el informe de la Oficina de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre el 2011 en Colombia afirma la existencia de justicia transicional en el país.

<sup>4</sup> Para entender la noción de campo, es útil recurrir a la siguiente definición: “En un campo, los agentes y las instituciones luchan permanentemente por apropiarse de productos específicos que se encuentran en disputa, de acuerdo con las regularidades y las reglas constitutivas de este espacio de juego (y en ocasiones sobre las mismas reglas de juego), con distintos niveles de fuerza entre los competidores, y por tanto, con muy diversas posibilidades de éxito” (Wacquant, L. J. D. & Bordieu, Pierre, *An invitation to reflexive sociology*, The University of Chicago Press, Chicago, 1992, p. 102). En cuanto al campo en sentido jurídico, se ha propuesto que es “un espacio limitado por la competencia jurídica (en el sentido de capacidad, obviamente) que deja fuera a los profanos, a los que no tienen ni autoridad ni capacidad de poner en forma sus peticiones. En el campo jurídico se enfrentan permanentemente percepciones sobre la forma de entender el derecho y sobre los principios que lo deben regir en su conjunto (...) en el campo jurídico operan reglas de conducta que determinan que es lo que está permitido hacer a los agentes e instituciones y que no les está permitido hacer. (...) el conflicto [por fijar el sentido del campo] se ramifica y afecta (...) las reglas por las cuales los participantes se regirán en el futuro. Existe una fuerte correspondencia entre el poder al interior del campo jurídico y la posición de los agentes y las instituciones en el campo social. El campo jurídico es una parte del espacio social en la que los distintos agentes pelean por el monopolio para decir qué es el derecho” (Teubner, Gunther & Bordieu, Pierre, *La fuerza del derecho*, Siglo del Hombre Editores, Facultad de Derecho Uniandes e Instituto Pensar, Bogotá, 2000, p. 64).

<sup>5</sup> Ver Arias, Gabriel, “La sociedad civil en el marco de la JT en Colombia”, en Centro Internacional para la Justicia Transicional, Programa Colombia, *Transiciones en contienda. Dilemas de la JT en Colombia y en la experiencia comparada*, ICTJ, Bogotá, 2010, pp. 233 y ss.

como “cierre jurídico del conflicto armado” o “seguridad jurídica para las desmovilizaciones”.<sup>6</sup>

Los estudios sobre JT en Colombia se han centrado principalmente en el análisis técnico y de políticas públicas, con exclusión notable de la reflexión política. Más concretamente, parece existir una sugestiva ausencia de estudios sobre la dimensión política del trabajo legal que cientos de operadores realizan diariamente alrededor de la llamada JT en el país.<sup>7</sup> La producción académica predominante en la materia se orienta hacia análisis comparado, juicios de vigencia normativa, sofisticación institucional, estudios de caso esencialmente descriptivos y discusiones de constitucionalidad y convencionalidad.

Esta producción ha hecho contribuciones importantes. Por ejemplo, la comprensión del sentido que tendría la puesta en marcha de mecanismos típicos de JT en un contexto sin transición política.<sup>8</sup> O la movilización de ciertas experiencias internacionales relevantes. Sin embargo, el estudio de las implicaciones de “poner en marcha” la JT en un contexto político específico sobre el diseño y la implementación de sus mecanismos, vale decir, la interacción entre sus normas y la realidad sociopolítica, es una asignatura pendiente.

El presente artículo se propone examinar la construcción del campo de la llamada JT en Colombia. Pretende entender de qué manera y por qué razones esa construcción ha arribado a un campo altamente indeterminado. Indaga las razones por las cuales el sentido del campo de la JT ha tomado el rumbo que en efecto tiene y no otro distinto. Para tal fin, el artículo afirma la hipótesis contenida en el resumen.

### **1. INDETERMINACIÓN NORMATIVA Y USO IDEOLÓGICO: EL COMPORTAMIENTO ESTRATÉGICO DE LOS ACTORES CON PODER JURÍDICO FRENTE A LA JUSTICIA TRANSICIONAL**

La teoría jurídica se ha preguntado con saludable escepticismo si los sistemas legales son coherentes y si los jueces aplican en forma políticamente neutral las normas. Algunas vertientes críticas han indagado si existe un



<sup>6</sup> Ver Proyecto de Acto Legislativo 94 del 2011 Cámara, por medio del cual se adiciona un nuevo artículo transitorio 66 a la Constitución y se modifica el artículo 122, con el fin de darle coherencia a los instrumentos jurídicos de justicia transicional.

<sup>7</sup> Algunos académicos, como Rodolfo Arango y Leopoldo Múnera, han realizado análisis políticos sobre la Ley de Justicia y Paz. Al respecto, ver Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, *Revista Pensamiento Jurídico* N° 17. *Comentarios sobre la Ley de Justicia y Paz*, Bogotá, noviembre-diciembre 2006.

<sup>8</sup> Al respecto, ver Uprimny, Rodrigo, *¿Justicia transicional sin transición? Verdad, justicia y reparación para Colombia*, Dejusticia, Bogotá, 2006.

“sentido político en la práctica cotidiana de los jueces”.<sup>9</sup> Estas preguntas valen no solamente para la adjudicación judicial,<sup>10</sup> sino también para la producción jurídica y para el diseño institucional de la llamada JT en Colombia, pues permiten entenderla como un campo al que se extienden las disputas políticas sobre derechos humanos de la sociedad colombiana. La función ideológica de la supuesta neutralidad técnica en el diseño legal y la adjudicación judicial de la JT es una hipótesis posible.<sup>11</sup>

Los estudios que defienden la indeterminación del derecho sostienen varias tesis. Entre ellas, se cuentan algunas relevantes para el análisis que aquí se realiza.<sup>12</sup> El resumen de ellas consiste en afirmar que el derecho es esencialmente indeterminado y que, por consiguiente, no hay manera de que el operador judicial sea verdaderamente neutral. En algún sentido, sus propias preferencias políticas, sean conscientes, o no, suplen la ausencia de una respuesta auténtica provista de un sistema coherente y exento de lagunas, que para las teorías críticas no existe.

La decisión judicial se ve moldeada por los siguientes fenómenos. En primer lugar, la adjudicación se ve permeada políticamente a través de la presencia constante de la ideología en la forma como deciden los jueces. Segundo, la forma concreta de esa influencia es el uso cotidiano de razones de conveniencia pública en las decisiones de los jueces. Tercero, los adjudicadores experimentan eventos de libertad y restricción que se ocultan o visibilizan en la forma concreta que adoptan sus determinaciones, según lo exija la conveniencia.<sup>13</sup>



<sup>9</sup> Kennedy, Duncan, *Libertad y restricción en la decisión judicial. El debate con la teoría crítica del derecho*, Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana, Instituto Pensar, Ediciones Uniandes, Bogotá, 1999, p. 38. A pesar de que varios autores discuten el papel de la ideología en el derecho, Kennedy es relevante en tanto asigna un papel central al concepto de indeterminación en su análisis sobre la función ideológica.

<sup>10</sup> Pese a que pueden tener algunas diferencias, en el texto se usa la expresión “adjudicación judicial” en el sentido de “aplicación judicial de normas”.

<sup>11</sup> La manipulación que es posible dentro del campo jurídico es mucho más grande de lo que el público lego se imagina, y esto a pesar de que aceptamos que no hay ningún modo inteligible de contestar a la pregunta cuantitativa: ¿qué tan manipulable es el campo? Incluso el punto en el que el campo se fija, allí donde él mismo se presenta como un mensaje objetivo ineludible, es un punto mucho más arbitrario que lo que incluso los abogados y juristas están dispuestos a aceptar (ibid., p. 206).

<sup>12</sup> Primero, afirman que diversos conjuntos de principios jurídicos con alguna relación entre ellos pueden ser objeto de utilización estratégica para el logro de resultados opuestos entre sí, lo que da cuenta de un alto grado de indeterminación en esas normas. Segundo, defienden que, a pesar de la mencionada indeterminación, ciertos sectores de influencia tienden a beneficiarse en desmedro de otros sectores que carecen de poder político y económico. Tercero, descreen de la posibilidad de distinguir entre creación y adjudicación en el derecho. Por último, sugieren que la práctica jurídica tiende a rechazar elementos que desafían la lógica descrita en las tesis anteriores, aun cuando provengan de mayorías políticas jurídicamente calificadas para modificar normas o de argumentaciones judiciales razonables presentadas por actores jurídicos con interés en modificar dicha lógica. Correlativamente, la negación de la indeterminación del derecho y de la intertencionalidad propia de la adjudicación son indispensables para su propia supervivencia (ibid., p. 38).

<sup>13</sup> Ibid., p. 64.

Los efectos de estas decisiones judiciales o del diseño y de la reglamentación de normas inciden en el debate político sobre los mismos temas. Tienen un efecto de definición. Fijan el sentido de la cuestión. Para las teorías críticas, aunque los jueces suelen ocultar sus preferencias, en algunos casos solo ellas podrían explicar los cambios bruscos en el precedente consolidado de un determinado tribunal. Con todo, los jueces se encuentran restringidos por los “materiales jurídicos” con los cuales deben trabajar. Es decir, la Constitución, las leyes, los reglamentos y las decisiones judiciales previas.

En ese sentido, puede haber una suerte de tensión entre la decisión preferible para el operador y lo que “el derecho parece indicar”.<sup>14</sup> El impacto público de su decisión, la opinión de sus superiores jerárquicos y los efectos sancionatorios sobre sí mismo también lo restringen. La forma como trabajan los jueces en este contexto termina convirtiéndose en un ejercicio de selección de reglas, principios, precedentes y argumentos convenientes a la propia elección previa sobre el sentido de la decisión por adoptar, con el consiguiente “descarte” de aquellas prescripciones que obstaculizan o no permiten ese propósito.<sup>15</sup> En cualquier caso, la posibilidad de maniobra del adjudicador no depende de los materiales jurídicos, sino de su propia experiencia en el caso concreto.<sup>16</sup>

El trasplante de estas reflexiones a agentes jurídicos productores de disposiciones asociadas con JT distintos a los jueces no está exento de dificultades. Podría afirmarse que las y los magistrados son los únicos funcionarios obligados a mantener la apariencia de legalidad y neutralidad en su conducta,<sup>17</sup> ya que los congresistas o los funcionarios gubernamentales tienen funciones más políticas, y, por lo tanto, más libres de restricciones jurídicas. Esa aseveración es discutible. Todos los servidores públicos están sometidos a la ley.

Si bien la función parlamentaria es esencialmente política, sus elecciones ideológicas no deben infringir la ley penal, ignorar el procedimiento legislativo, ni irrespetar la Constitución o desconocer el precedente constitucional. En cuanto a los funcionarios gubernamentales, su producción jurídica asociada a JT suele adoptar la forma de reglamentos. La potestad reglamentaria está fuertemente regulada de tal manera que no se desborde ni del marco de la ley a la que se debe, ni del que exige la Constitución. Esta exigencia obliga a los funcionarios del ejecutivo y del legislativo a ostentar

---

<sup>14</sup> *Ibid.*, p. 81.

<sup>15</sup> *Ibid.*, p. 84.

<sup>16</sup> *Ibid.*, p. 86.

<sup>17</sup> Con todo, Kennedy afirma que “una psicología social lo suficientemente compleja nos permitiría describir significativamente la manera como una judicatura, con una serie específica de compromisos políticos, interactuaría con ciertos campos que los jueces perciben con poder normativo en situaciones específicas” (*ibid.*, p. 214).

cierta neutralidad con el fin de convencer sobre la constitucionalidad de su producción jurídica. Ahora bien, el trabajo judicial ideológicamente orientado puede tener diferencias con el trabajo legislativo ideológicamente orientado.<sup>18</sup>

## 2. EL ARREGLO INSTITUCIONAL DE JUSTICIA TRANSICIONAL EN COLOMBIA

Como se mencionó al inicio de este artículo, en Colombia se empezó a hablar de JT a raíz del proceso de desmovilización de los paramilitares. Por cuenta de la expedición de esa norma, diversos actores estatales, de la sociedad civil y de la cooperación internacional incorporaron el lenguaje de la JT a su discurso y a sus prácticas institucionales. El arreglo institucional de JT en Colombia tiene dos ejes legales: la Ley 975 del 2005, conocida como Ley de Justicia y Paz, y la Ley 1448 del 2010, o Ley de Víctimas y Restitución de Tierras. A partir de ellas, se desprende una serie de entidades, figuras jurídicas, programas y disposiciones reglamentarias que conforman un tinglado institucional, que, si bien es muy sofisticado, acontece en un complejo contexto de guerra persistente, exclusión, pobreza y preexistencia de normatividad e institucionalidad de atención a víctimas.<sup>19</sup>

El diseño institucional de JT en Colombia puede entenderse como el producto de los esfuerzos de incidencia por parte de distintos agentes dotados de intencionalidad en la fijación del sentido de dicho arreglo.<sup>20</sup> Incluye un procedimiento de sometimiento penal (Ley 975) cualificado con consideraciones de justicia frente a las víctimas, de accidentada implementación.<sup>21</sup> Distintos programas de distribución de beneficios económicos a título de



<sup>18</sup> Kennedy, Duncan, *Izquierda y derecho. Ensayos de teoría jurídica crítica*, Siglo XXI Editores, Buenos Aires, 2010, p. 27.

<sup>19</sup> Se ha entendido que esos mecanismos son de JT por varias razones. Primero, porque las normas que los crean o los jueces que interpretan esas normas así lo han entendido (ver Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-360 del 2006; Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto del 28 de septiembre de 2006, radicado 25830, y leyes 975 del 2005 y 1448 del 2011). Segundo, porque los medios de comunicación han empezado a hacer lo propio (ver "Marco para la paz incluye JT para militares", *Semana*, en <<http://www.semana.com/nacion/marco-para-paz-incluye-justicia-transicional-militares/167229-3.aspx>>, 9 de noviembre de 2011). Tercero, porque muchas instituciones con funciones en políticas públicas de atención a víctimas también lo han interpretado así (por ejemplo, la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación).

<sup>20</sup> Se entiende por diseño institucional el fenómeno social compuesto por la construcción e implementación de mecanismos estatales pensados normativa y empíricamente para dar solución a problemas considerados políticamente relevantes, de manera regulada, predecible y coherente frente al contexto. Los diseños institucionales movilizan recursos públicos de diversa índole, se proponen incentivar la actuación humana dentro de la regulación que ofrecen y desestimular actuar fuera de ella. Así mismo, son el resultado de los esfuerzos de incidencia de diversos agentes dotados de intencionalidades en posible tensión. Por tal motivo, dichos diseños pueden presentar contradicciones internas. Al respecto, ver Goodin, Robert (comp.), *Teoría del diseño institucional*, Gedisa, Barcelona, 2003.

<sup>21</sup> La Ley de Justicia y Paz es "un sofisticado referente teórico [en] un laberinto normativo de difícil aplicación y conjugación con el marco normativo nacional". Adolece de un *alto grado de indeterminación*

reparación (Decreto 1290 del 2008 y Ley 1448 del 2011) y un mecanismo de esclarecimiento de la verdad: el Grupo de Trabajo de Memoria Histórica (GTMH). El denominador común de estos mecanismos es la indeterminación de las normas que los regulan. Por consiguiente, su implementación se ha convertido en una intensa disputa política.

### **3. JUSTICIA TRANSICIONAL SIN CONSTITUCIÓN: FLEXIBILIZACIÓN DE ESTÁNDARES**

Colombia tiene estándares sofisticados de protección a los derechos de las víctimas. Proviene del derecho internacional de los derechos humanos, incorporados en virtud del bloque de constitucionalidad y de su ulterior desarrollo vía precedente constitucional. Fueron obtenidos tras décadas de luchas democráticas e incidencia política. La sofisticación constitucional colombiana parece ser una diferencia frente a otros países que tienen que lidiar con un legado de atrocidades. Pero esos estándares parecen “ir a la baja” en el “mercado jurídico” actual. Invocarlos es entendido como un actitud maximalista, intransigente, punitivista y poco interdisciplinaria. Paradójicamente, empiezan a ser vistos como un problema antes que como parte de la solución.

Uno de los aspectos más inquietantes de la irrupción de la JT en Colombia es la autoridad normativa que le está siendo atribuida a su concepto (no a las normas que la pueden contener. Estas, por supuesto, tienen autoridad coercitiva por el hecho de ser tales). A pesar de que se trata de un concepto indeterminado, y, por ende, francamente ininteligible, a “La Justicia Transicional” –así, con mayúsculas– se le atribuyen facultades jurídicas que no tiene. La JT deroga leyes, varía precedentes, reinterpreta convenios internacionales y desborda la potestad reglamentaria.

En suma, actúa como si su existencia tuviera lugar en un vacío constitucional. O como si pudiera hacer tales cosas por fuera de las vías jurídicas, o antes de hacer uso de ellas. Cuando se discute en escenarios de políticas públicas la obligatoriedad de una regla, el carácter vinculante del precedente constitucional, o aun de un derecho pacíficamente considerado como fundamental, el argumento es fulminante: “En contextos de JT, esa norma debe ser flexible”. Parecería que la JT se entiende prevalentemente en Colombia como sinónimo de reducción pragmática de estándares de verdad, justicia y reparación.

---

*normativa* y se aplica a un universo de procesados condicionado en forma restrictiva por el ejecutivo (Centro Internacional para la Justicia Transicional, *El proceso penal de Justicia y Paz*, ICTJ, Bogotá, 2009, p. 19).

En un país que lleva casi cincuenta años en guerra, eludir la regulación constitucional sobre derechos de las víctimas, con base en restricciones empíricas insuficientemente demostradas es políticamente sensible y normativamente problemático. No basta con afirmar que “este es un contexto de JT”. La regulación en mención sigue siendo válida y su inobservancia normalmente genera consecuencias disciplinarias y penales para los funcionarios que proceden de esa manera.

La reglamentación colombiana sobre derechos de las víctimas es una conquista democrática de un movimiento de derechos humanos vigoroso pero perseguido. Sobre todo, es una regulación que, para bien o para mal, se encuentra vigente. Desde luego, las experiencias comparadas de JT son útiles para dar viabilidad práctica a los derechos de las víctimas. Ese es su papel en el mundo de los derechos humanos.<sup>22</sup> Las restricciones empíricas a la posibilidad de materializar esos estándares también deben ser atendidas. No se puede perder de vista que los procesos de JT son, antes que nada, políticos.

Sin embargo, es difícil que la atención a las restricciones, es decir, a los posibles problemas de eficacia de las normas, justifique su elusión. El razonamiento jurídico que orienta la autoridad normativa atribuida a la JT es el siguiente: la creación del campo de la JT no se da a través de la aplicación de las normas vigentes, sino de su replanteamiento y formulación, incluso en contravía de su significado evidente. Dicha aplicación es considerada contingente. Puede darse o no.

Ese proceso de flexibilización adopta formas que no tienen precedentes en el derecho de los derechos humanos, al menos tal y como lo conocemos hasta ahora. Esto es explicable por medio de dos ejemplos sobre cómo la JT intenta transformar la manera como se hace justicia a las víctimas en Colombia. Primero, la comprensión de que no es necesario acudir a los jueces para satisfacer los deberes de investigación y sanción de violaciones a los derechos humanos. Es decir, que esto se puede lograr con exclusión de la justicia penal. La segunda, el entendimiento según el cual la reparación a víctimas de violaciones a derechos humanos no requiere reconocimiento de responsabilidad del Estado, a pesar del insistente flujo de información sobre complicidad de la fuerza pública con grupos ilegales y la comisión sistemática directa de atrocidades en algunos casos.<sup>23</sup> Esto puede tener influencia sobre los sistemas universal e interamericano de protección de los derechos humanos.



<sup>22</sup> Al respecto, ver Beristain, Carlos Martín, “Verdad, justicia y reparación: democracia y derechos humanos en América Latina”, en Instituto Interamericano de Derechos Humanos, *Contribución de las políticas de verdad, justicia y reparación a las democracias en América Latina*, IIDH, San José, 2001.

<sup>23</sup> Así lo invitan a interpretar decisiones judiciales internacionales e informes oficiales de memoria histórica sobre Colombia. Ver Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso 19 comerciantes vs. Colombia. Fondo, reparaciones y costas*, sentencia del 5 de julio de 2004, serie C, N° 109; *Caso de la masacre de La*

Hasta el momento, el precedente interamericano vinculante para Colombia parece claro en afirmar que el deber de investigar y sancionar violaciones a los derechos humanos no puede excluir a la justicia penal.<sup>24</sup> La idea de sancionar tales violaciones está ligada intrínsecamente a la intervención de un juez con facultades para castigar la conducta criminal de los perpetradores. Ahora bien, herramientas no judiciales, como mecanismos de búsqueda de la verdad y programas de reparaciones, pueden ser complementarios a la sanción penal.<sup>25</sup>

Esa complementariedad reduce las desventajas relativas de unos y otros. La práctica usual de la Corte Interamericana consiste en examinar la contribución de estos mecanismos a la verdad y la reparación en adición al castigo que exigen conductas jurídicamente inadmisibles. Con esa lógica, usualmente ordena completar las medidas de reparación y persistir en la investigación de los responsables. En consecuencia, entender que la investigación y sanción de los responsables puede excluir a la justicia penal es una interpretación sustancialmente distinta de esos deberes.

En cuanto a la responsabilidad del Estado, el discurso de la JT ha prescindido de su declaración cuando se trata de suministrar reparaciones. En efecto, si se asocia la llamada JT con la Ley 975 y normas posteriores que regulan derechos de las víctimas, ninguna de ellas hace uso del reconocimiento de dicha responsabilidad. Algunas de ellas lo niegan rotundamente. Otras eluden esa discusión. Todo esto pese a que en Colombia la responsabilidad del Estado como punto de partida de las reparaciones se encuentra presente en el ordenamiento jurídico aproximadamente desde el año 1984, más de veinte años antes de la expedición de la Ley de Justicia y Paz.

El potencial impacto de la JT –tal como ha sido entendida en Colombia– sobre los estándares de derechos humanos contenidos en los sistemas universal e interamericano de derechos humanos es impredecible. Los organismos de protección leen el caso colombiano con atención. Producen

---

*Rochela vs. Colombia. Fondo, reparaciones y costas*, sentencia del 11 de mayo de 2007, serie C, N° 163; *Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas*, sentencia del 26 de mayo de 2010, serie C, N° 213. Ver también Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación, Grupo de Trabajo de Memoria Histórica, Informe “La Rochela: memorias de un crimen contra la justicia”, CNRR-GTMH, Bogotá, 2010; Informe “La masacre de El Salado: esa guerra no era nuestra”, CNRR-GTMH, Bogotá, 2009; e Informe “Trujillo, una tragedia que no cesa”, CNRR-GTMH, Bogotá, 2008, entre otros.

<sup>24</sup> “En casos complejos, la obligación de investigar conlleva el deber de dirigir los esfuerzos del aparato estatal para desentrañar las estructuras que permitieron esas violaciones, sus causas, sus beneficiarios y sus consecuencias, y no sólo descubrir, enjuiciar y en su caso sancionar a los perpetradores inmediatos” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas*, sentencia del 26 de mayo de 2010, serie C, N° 213, párr. 118).

<sup>25</sup> “Para garantizar el derecho de acceso a la justicia, en un caso de ejecución extrajudicial en que la vía penal tiene un rol principal, otros mecanismos, procedimientos o modalidades utilizadas en el derecho interno pueden resultar útiles o eficaces como complemento para establecer la verdad, determinar los alcances y dimensiones de la responsabilidad estatal y reparar integralmente las violaciones” (ibid., párr. 130).

sentencias, informes de seguimiento y recomendaciones. A su vez, interactúan formal e informalmente con agentes del campo colombiano de JT y se alimentan de su producción jurídica. El flujo de información sobre JT desde Colombia circula prolíficamente. Académicos y expertos de muchas partes del mundo interpretan la realidad colombiana y generan conocimiento. Al mismo tiempo, la producción de los especialistas colombianos empieza a ser analizada y citada en organismos de gran importancia jurídica. La posibilidad de que los estándares en materia de verdad, justicia y reparación en la Organización de los Estados Americanos (OEA) y en la de las Naciones Unidas (ONU) cambie sustancialmente por efecto del caso Colombia no es descabellada. Así podría ocurrir también con nuestro bloque de constitucionalidad.

#### **4. JUSTICIA TRANSICIONAL SIN RESPONSABILIDAD DEL ESTADO: NEGACIÓN INTERPRETATIVA DEL PARAMILITARISMO**

Las sociedades y las personas tienden a negar las atrocidades. Dicha negación opera de distintas formas. Para Cohen, puede ser literal, interpretativa e implicatoria.<sup>26</sup> La negación literal implica desconocer el acontecimiento mismo (“en Colombia no hay desaparecidos”). La negación interpretativa no desconoce los acontecimientos, pero sí su interpretación (“los desaparecidos no son tales; se han ido voluntariamente”). La negación implicatoria desconoce los efectos de los hechos (“sí hay desaparecidos, pero eso no daña a nadie. Por el contrario, le conviene al país”).

Con anterioridad a la Ley 975, hablar de responsabilidad del Estado era comúnmente aceptado en Colombia. En especial, como fundamento del deber de reparar violaciones a los derechos humanos, tanto en tribunales internacionales como domésticos. Luego de la Ley 975, el fundamento del deber de reparar se escindió entre la responsabilidad penal –en sede judicial– y el principio de solidaridad –en sede administrativa–. La responsabilidad del Estado en las reparaciones fue excluida de la historia.<sup>27</sup>



<sup>26</sup> Cohen, Stanley, *Estados de negación. Ensayo sobre atrocidades y sufrimiento*, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, 2005.

<sup>27</sup> “El proceso de justicia y paz se circunscribe explícita e intencionalmente a la actuación de grupos armados ilegales. No hay espacio, en el proceso oficial y controlado de develación de la verdad, para hablar o indagar sobre la atrocidad perpetrada en el marco del sistema. Las reglas de juego sobre la verdad que interesa oficialmente están diseñadas para no tocar al aparato estatal. La negación continuará siendo un mecanismo de evasión de responsabilidad. Ante la ausencia de un proceso de transición política (en el que haya un compromiso con la develación de la verdad y el reconocimiento de todas las atrocidades), el ocultamiento de los lazos entre la institucionalidad y las estructuras paramilitares continuará siendo parte del arsenal oficial y del régimen de negación. Encarar este proceso de negación es uno de los retos más intensos que tiene el campo de la justicia transicional en Colombia” (Reed, Michael, “Justicia transicional bajo fuego. Cinco reflexiones marginales sobre el caso colombiano”, en Reed, Michael & Rivera, María Cristina (eds.), *Transiciones en contienda: disyuntivas de la justicia transicional en Colombia desde la experiencia comparada*, ICTJ, Bogotá, 2010, p. 107).

La ausencia de reconocimiento de responsabilidad del Estado fue propiciada por una mala dogmática en reparaciones de la Corte Constitucional en la Sentencia C-370 del 2006 y reforzada por el Decreto 1290 del 2008, y, en menor medida, por la Ley 1448 del 2011. Dicha ausencia no es solo una imprecisión técnico-legal. Es, ante todo, un rasgo político del diseño de la JT en Colombia. Elude el papel que ha tenido la fuerza pública en la causación de una parte del universo de víctimas, por su propia actuación o por su tolerancia y apoyo a grupos ilegales, en especial los paramilitares, sin perjuicio de la responsabilidad que también cabe a los demás actores del conflicto. En tal sentido, es una sofisticada manera de negar una dimensión de las atrocidades perpetradas en Colombia.

La negación interpretativa del paramilitarismo consiste en afirmar que en Colombia no existió tal fenómeno, sino un tercer actor ajeno al Estado, un grupo de justicia privada que no compromete la responsabilidad estatal. Esto, a pesar de las contundentes evidencias judiciales e históricas que sugieren oficialmente el apoyo de sectores del Estado en su creación y expansión.<sup>28</sup> Aquella interpretación fue defendida en forma sostenida por la presidencia de la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación (CNRR), con su consecuencia práctica: la discriminación frente a víctimas de agentes del Estado.<sup>29</sup>

Pese a lo anterior, existe una “rueda suelta” dentro del diseño institucional de JT. En un ejercicio de valiente independencia, ha desafiado consistentemente la versión oficial de la dirección de la CNRR en sus ejercicios de esclarecimiento de la verdad. Se trata del Grupo de Trabajo de Memoria Histórica (GTMH). Prácticamente en la totalidad de sus informes, afirma la responsabilidad del Estado en los estudios de caso seleccionados.

En el reporte sobre la masacre de Trujillo, el GTMH sostuvo que los actos de violencia que involucraron agentes estatales fueron “los más críticos y con mayor concentración de densidad del terror”.<sup>30</sup> Así mismo, dijo que la fuerza pública tuvo compromiso por acción y omisión en actos sistemáticos

---

<sup>28</sup> Supra, nota 22.

<sup>29</sup> “La arremetida de los uribistas comenzó desde ayer en la reunión de la Mesa de Unidad Nacional, a la que acudió entre otros el presidente de la Comisión Nacional de Reparación Eduardo Pizarro Leongómez. Pizarro expuso las mismas razones que en su momento tuvo Uribe para no tratar con el mismo rasero a las víctimas de las Fuerzas Armadas y a las de guerrilla y los paras” (“Ley de víctimas: último intento de los azules por mantener el legado uribista”, *La Silla Vacía*, 1º de septiembre de 2010, en <<http://www.lasillavacia.com/historia/17735>>). “Eduardo Pizarro Leongómez, encargado de la Comisión de Reparación y Reconciliación, sí se ha pronunciado sobre la Ley de Víctimas pero ha defendido la discriminación [contra las víctimas de agentes del Estado]” (“¿Y quién defendió a las víctimas del Estado?”, *La Silla Vacía*, 16 de junio de 2009, en <<http://www.lasillavacia.com/historia/2473>>). Ver, además, Pizarro, Eduardo, “Víctimas y agentes del Estado”, en *El Tiempo*, sección editorial, 3 de noviembre de 2008, en <<http://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-3169492>>.

<sup>30</sup> CNRR-GTMH, “Trujillo...”, op. cit., p. 156.

de violencia contra civiles entre 1988 y 1993, esto es, durante siete años. Esta constatación refuta la tesis sostenida por la presidencia de la CNRR, que comprende las violaciones perpetradas por agentes del Estado como conductas desviadas e individuales.

En el informe sobre la masacre de Bahía Portete, se deduce responsabilidad oficial en la omisión frente a las alertas emitidas por la población civil y en el retiro de la fuerza pública días antes de la masacre.<sup>31</sup> La responsabilidad del Ejército es afirmada en el informe sobre la masacre de El Salado. Allí, el GTMH sostuvo que la fuerza pública habría permitido “los hechos centrales de la masacre” y que “esta continuó después, con su presencia”.<sup>32</sup> El cuestionamiento se extiende a los actos preparatorios de la matanza y en general al contexto que permitió que la masacre fuera posible.

En cuanto a la masacre de La Rochela, el GTMH habla de responsabilidad del Estado en la matanza y en la obstaculización del proceso penal.<sup>33</sup> El reporte sobre Segovia afirma que “hay un implicado en calidad de perpetrador común: agentes de la fuerza pública, y hay también una víctima común: civiles en estado de indefensión”.<sup>34</sup> Señala a miembros de la fuerza pública de ejecutar acciones criminales y atribuye “responsabilidad singular” a unidades militares en la comisión sistemática de violaciones.<sup>35</sup> El informe sobre la violencia en San Carlos da cuenta de graves abusos cometidos por el Ejército y la Policía contra la población civil.<sup>36</sup> Finalmente, en el informe sobre los hechos de la comuna 13 de Medellín, el GTMH defiende la hipótesis de que la fuerza pública apoyó a los paramilitares y actuó coordinadamente con ellos en la recuperación de ese territorio.<sup>37</sup>

En resumen, la indeterminación normativa de la JT ha sido moldeada en el sentido de excluir la responsabilidad del Estado en un contexto lleno de evidencias que la demuestran. A su vez, ese sentido ha sido desafiado por una valiosa instancia oficial de esclarecimiento histórico. Ajustar el diseño institucional de JT a los hallazgos del GTMH es uno de los principales retos del campo en Colombia. Es decir, ofrecer reparaciones basadas en el reconocimiento de responsabilidad del Estado y no discriminar a sus víctimas.



<sup>31</sup> CNRR-GTMH, Informe “La masacre de Bahía Portete. Mujeres wayúu en la mira”, CNRR-GTMH, Bogotá, 2010, p. 33.

<sup>32</sup> CNRR-GTMH, “La masacre de El Salado...”, op. cit., p. 93.

<sup>33</sup> CNRR-GTMH, “La Rochela...”, op. cit., p. 26.

<sup>34</sup> CNRR-GTMH, Informe “Silenciar la democracia. Las masacres de Remedios y Segovia 1982-1997”, CNRR-GTMH, Bogotá, 2011, p. 20.

<sup>35</sup> *Ibíd.*

<sup>36</sup> CNRR-GTMH, Informe “San Carlos. Memorias del éxodo en la guerra”, CNRR-GTMH, Bogotá, 2011, p. 28.

<sup>37</sup> CNRR-GTMH, Informe “La huella invisible de la guerra. Desplazamiento forzado en la comuna 13”, CNRR-GTMH, Bogotá, 2011, pp. 68, 77 y 81, entre otras.

## 5. JUSTICIA TRANSICIONAL SIN CONTEXTO: EL RECURSO A EXPERIENCIAS COMPARADAS INAPLICABLES

Hablar de experiencias comparadas de JT se convirtió en un ejercicio habitual en Colombia. Es un signo de estatus académico y sofisticación. Ese ejercicio tendría dos dimensiones principales. La primera tiende a afirmar que casi cualquier experiencia es aplicable al caso colombiano. La segunda sostiene que el caso colombiano es superior a los de otros países y “superior a los estándares internacionales”.

Lo primero que debe decirse es que comparar experiencias debe tener un método.<sup>38</sup> Empero, el análisis comparado no parece ser metodológicamente fuerte en el trasplante de casos de JT desde y hacia Colombia. Si existe un método, este no es detectable en los ejercicios de contraste que realizan los actores con poder jurídico en la JT. Se compara de cualquier manera.<sup>39</sup> Se traen a colación casos con Estados fallidos, contextos políticos muy diferentes, países de institucionalidad débil, naciones sin sistemas constitucionales, gobiernos sin obligaciones internacionales de derechos humanos o mecanismos que, si bien pueden ser un avance en otras regiones, en Colombia serían un franco retroceso.<sup>40</sup>

Se comparan obligaciones de tribunales internacionales con aquellas exigibles a la jurisdicción ordinaria.<sup>41</sup> Ante ello, es preciso enfatizar que la utilidad y conveniencia de una experiencia comparada específica para Colombia debe demostrarse, no presumirse. La experiencia comparada es un medio para mejorar instituciones, no un fin en sí mismo. Además, el caso



<sup>38</sup> *Infra*, p. 33.

<sup>39</sup> “Aunque ya existen países como Uganda y Timor del Este que han diseñado mecanismos no judiciales de investigación y sanción, será el legislador colombiano el que tomará la decisión, en un contexto histórico-político particular, y diseñe los componentes que permitan garantizar verdaderos estándares de investigación y sanción. Algunos ejemplos incluyen comisiones de la verdad con equipos investigativos que no se limitan a oír a los victimarios sino que controvierten sus versiones con el resultado de la investigación paralela, y sanciones como las pedidas públicas de perdón y el trabajo comunitario, entre otras” (Congreso de la República, Proyecto de Acto Legislativo 94 del 2011 Cámara).

<sup>40</sup> Por ejemplo, el juzgamiento de violaciones a derechos humanos en tribunales militares puede ser visto como un avance en algunos países africanos, ante la ausencia de alternativas viables. En Colombia sería un retroceso por el precedente constitucional en la materia, que fija la competencia en la justicia ordinaria.

<sup>41</sup> “Las experiencias internacionales demuestran que incluso ante contextos de violencia masiva, los procesos de justicia transicional exitosos se concentran en la judicialización de los casos que impliquen a los más responsables y esclarezcan los hechos más atroces. Por ejemplo, después de la Segunda Guerra Mundial, el Tribunal de Núremberg juzgó a 24 líderes del gobierno nazi y el Tribunal Militar Internacional para el lejano oriente en Tokio, juzgó a 28 personas. Más recientemente el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia ha juzgado a 55 personas desde su entrada en funcionamiento en 1993, el Tribunal de Ruanda ha adelantado la judicialización de 65 casos y la Corte Especial de Sierra Leona condenó a 13 personas. La judicialización de los 54.000 desmovilizados, e incluso de los 4.800 postulados a la Ley de Justicia y Paz no tiene antecedente internacional. De ahí que el presente acto legislativo autorice al legislador a establecer criterios de priorización y selección de casos” (Proyecto de Acto Legislativo 94 del 2011 Cámara).

colombiano tiene virtudes, pero también serias deficiencias. En particular, en cuanto a su puesta en marcha. Con frecuencia, la avanzada legislación y la sofisticada institucionalidad se atascan en la implementación. Asuntos como la negación de responsabilidad del Estado, la confusión de inversión social y asistencia humanitaria con reparaciones, y la exclusión de víctimas de agentes estatales también son defectos de diseño desaconsejables que no deberían ser replicados en otros casos.

Por último, los estándares internacionales no pueden confundirse con las experiencias comparadas. Los primeros son jurídicos, mientras que las segundas son principalmente prácticas. Los estándares aluden a las reglas domésticas o de derecho internacional que regulan un derecho humano. Si se quiere, su núcleo esencial. Las experiencias comparadas son fenómenos empíricos: la forma como una sociedad ha lidiado con un problema considerado políticamente relevante, en un contexto específico, con o sin presencia de estándares.

En otras palabras, la Convención Americana de Derechos Humanos y la jurisprudencia interamericana son estándares internacionales. Los casos de Marruecos y Uganda, con ventajas y falencias, son experiencia comparada. La importancia de los primeros radica en su obligatoriedad. La de los segundos, en su eventual pertinencia. Las experiencias comparadas no derogan los estándares. Los estándares no pierden validez ante la invocación de las experiencias.

## **6. EL ESPACIO JURÍDICO DE LA JUSTICIA TRANSICIONAL EN COLOMBIA: EL JUICIO DE CONSTITUCIONALIDAD**

En Colombia, la JT debe ser constitucional. Es decir, las normas que la contienen deben respetar la Constitución. Si se trata de una reforma a la Constitución misma, se debe respetar la vía de la reforma.<sup>42</sup> Tal vez esto diferencia al caso colombiano de otros. Bajo el régimen jurídico vigente en el país, no hay manera de que dichas normas se sustraigan de la supremacía de la Carta Política. El propio sistema constitucional provee mecanismos para enfrentar en forma jurídicamente apropiada los dilemas políticos de



<sup>42</sup> "Por ser un poder instituido, el poder de reforma tiene límites y está sujeto a controles. Así, en el caso colombiano, los artículos 374 y siguientes de la Constitución establecen e instituyen ese poder de reforma, pues regulan los modos de reforma de la Carta, que son: acto legislativo, referendo y Asamblea Constituyente. Esas normas fijan además las reglas y los procedimientos a los cuales están sometidos tales mecanismos de reforma constitucional. Así las cosas, no duda la Corte que en tales eventos se está frente al ejercicio de un poder derivado y, por lo mismo, limitado por la propia Constitución" (Colombia, Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-551 del 9 de julio de 2003, magistrado ponente Eduardo Montealegre Lynett, Expediente CRF-001).

la sociedad colombiana. Ellos son, fundamentalmente, la libertad de configuración legislativa y la ponderación judicial.<sup>43</sup>

La Carta Política no contempla explícitamente medidas de JT, pero esto no implica que no se pueda admitir su implementación excepcional. Antes bien, esta posibilidad se encuentra respaldada directamente por la referencia a la paz que hace la Constitución e, indirectamente, por la posibilidad que consagra la Carta Política de conceder amnistías e indultos que “podrían contarse hoy en día como posibles herramientas de JT, útiles y conducentes en la búsqueda y creación de condiciones que hagan posible o al menos faciliten el logro de la concordia y la paz política y social”,<sup>44</sup> y a la mención que hace el texto constitucional a la denominada *política criminal*, según la cual “la mayor parte del contenido específico de las normas penales, tanto sustanciales como procesales, no dependerá directamente de aquellos preceptos, sino de los que en cada momento consideren adecuado y pertinente”.<sup>45</sup> De modo que, debido a la posibilidad de diseñar una política criminal acorde a las circunstancias del momento, la implementación de mecanismos de JT puede ser válida.

Ahora bien, a partir de la Sentencia C-360 del 2006, que decidió sobre la constitucionalidad de la Ley 975 del 2005, conocida como Ley de Justicia y Paz, se comenzó a hablar de forma reiterada de JT en la jurisprudencia constitucional. Allí se reconoció como alternativa para alcanzar la paz en sociedades que han atravesado un conflicto armado o regímenes antidemocráticos.<sup>46</sup> Al referirse a la JT, la Corte Constitucional ha hecho referencia a los desarrollos internacionales sobre la materia. Ha señalado que, aun en estos casos, las violaciones a los derechos humanos deben ser investigadas, enjuiciadas y reparadas, y los autores deben contribuir a esclarecer la verdad de lo ocurrido, así como ser sancionados.



<sup>43</sup> Ver, sobre la libertad de configuración legislativa, Colombia, Corte Constitucional, sentencias C-841 del 2003, C-873 del 2003 y C-983 del 2010. Sobre ponderación de principios y derechos, Colombia, Corte Constitucional, sentencias C-370 del 2006 y C-355 del 2006, entre otras.

<sup>44</sup> Colombia, Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-771 del 13 de octubre de 2011, magistrado ponente Nilson Pinilla, Expediente D-8475 (comunicado de prensa).

<sup>45</sup> *Ibid.*

<sup>46</sup> “La anterior declaración pone de manifiesto la admisión de una nueva noción de justicia en el contexto de la comunidad internacional, que atiende a la necesidad de alcanzar la efectividad del derecho a la paz en aquellas sociedades en situación de conflicto, pero que a la vez pretende responder, aun en estas circunstancias, al imperativo de enjuiciar y reparar las graves violaciones a los derechos humanos y del derecho internacional humanitario y lograr el esclarecimiento de la verdad al respecto, nueva noción de justicia que opera dentro del tránsito de un período de violencia a otro de consolidación de la paz y de vigencia del Estado de derecho, o de autoritarismo a otro de respeto al pluralismo democrático” (Colombia, Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-370 del 18 de mayo de 2006, magistrados ponentes Manuel José Cepeda y otros, Expediente D-6032).

Al respecto, la Corte Constitucional ha entendido que existe una tensión entre el derecho a la paz y el derecho a la justicia, de tal suerte que, para lograr la paz, se deben flexibilizar en algún punto los estándares en materia de justicia. Sin embargo, de acuerdo con la Corte Constitucional “los derechos humanos no se suspenden ni interrumpen por las circunstancias de transición” y deben garantizarse ciertos estándares mínimos, ineludibles en todo tiempo, en materia de derechos de las víctimas.<sup>47</sup>

Para garantizar el cumplimiento de estándares mínimos en materia de derechos de las víctimas en el marco del camino hacia la paz, la Corte Constitucional definió, en la Sentencia C-370 del 2006, cómo debe llevarse a cabo el análisis de constitucionalidad cuando se enfrenta una tensión entre los derechos a la justicia y la paz.

Lo primero que ha señalado la Corte es que es al legislador al que le compete diseñar las fórmulas para superar la tensión entre estos derechos. “Así, el legislador puede diseñar los mecanismos que estime conducentes a lograr la paz, valorando las circunstancias específicas de cada contexto”;<sup>48</sup> mientras que al juez constitucional le compete establecer los límites constitucionales y hacerlos respetar. Debe aplicar el método de *ponderación de principios constitucionales* para definir estrategias de armonización o establecer qué principio prevalece. Este es el espacio jurídico de la justicia transicional en Colombia. Este método es el más apropiado, considerando que no es posible garantizar de forma absoluta el derecho a la paz o los derechos de las víctimas, sin sacrificar al menos una parte del contenido del otro.<sup>49</sup>

En el estudio de la constitucionalidad de la Ley 975 del 2005, la Corte definió que el análisis de constitucionalidad debía hacerse ponderando la paz y la justicia como valores objetivos de nuestro ordenamiento jurídico, y la verdad, la justicia y la reparación, en tanto derechos de las víctimas. Asumir la paz y la justicia como valores implica subrayar su importancia dentro del ordenamiento jurídico colombiano. Como la Ley 975 da especial



<sup>47</sup> “Tales parámetros tienen que ver con asuntos como los derechos de las víctimas a la justicia, la verdad, la reparación y la no repetición, la razonabilidad de los términos judiciales, las condiciones en que pueden ser concedidas amnistías o indultos, la imprescriptibilidad de la acción penal respecto de ciertos delitos, y la necesidad de que ciertos recursos judiciales reconocidos dentro del proceso penal se establezcan no sólo a favor del procesado sino también de las víctimas, cuando el delito constituye un grave atentado en contra de los derechos humanos o del derecho internacional humanitario” (ibíd.).

<sup>48</sup> Ibíd.

<sup>49</sup> “El logro de una paz estable y duradera que sustraiga al país del conflicto por medio de la desmovilización de los grupos armados al margen de la ley puede pasar por ciertas restricciones al valor objetivo de la justicia y al derecho correlativo de las víctimas a la justicia, puesto que de lo contrario, por la situación fáctica y jurídica de quienes han tomado parte en el conflicto, la paz sería un ideal inalcanzable; así lo ha demostrado la experiencia histórica de distintos países que han superado conflictos armados internos. Se trata de una decisión política y práctica del legislador, que se orienta hacia el logro de un valor constitucional” (ibíd.).

relevancia a alcanzar la paz, la Corte asume que pueden haber diferentes formas de justicia en aras de alcanzar la paz.<sup>50</sup>

Así las cosas, los derechos de las víctimas son un desarrollo del precedente en ejercicio del control constitucional que es pertinente a la JT. La Corte Constitucional colombiana se ha referido en múltiples sentencias a aquellos.<sup>51</sup> La comprensión integral sobre el papel de la víctima en el proceso penal<sup>52</sup> fue complementada con el recurso al derecho comparado y al derecho internacional de los derechos humanos, conforme a la cláusula del bloque de constitucionalidad.<sup>53</sup>

Según lo anterior, tenemos que, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, existen tres derechos relacionados de cuya garantía depende la efectividad de los derechos de las víctimas. Se trata de los derechos a la verdad, la justicia y la reparación integral. La JT debe acatarlos. Su contenido en el marco constitucional colombiano ha sido definido en los siguientes términos:<sup>54</sup>

Respecto del derecho a la verdad, la Corte ha señalado que implica la posibilidad de saber lo que en verdad sucedió, de modo que coincidan en la mayor medida posible la verdad procesal y la verdad real.<sup>55</sup> Al referirse a la garantía del derecho a la verdad, la Corte ha retomado el “conjunto de principios para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad”, señalando que el derecho a la verdad incluye el derecho inalienable a la verdad, que se refiere al derecho de los pueblos a saber la verdad de lo sucedido y las circunstancias que permitieron que esto ocurrieran; el deber de recordar, que se relaciona con “el conocimiento por un pueblo de la historia de su opresión como parte de su patrimonio”, de tal



<sup>50</sup> *Ibid.*

<sup>51</sup> La Corte Constitucional estableció una doctrina en la que explícitamente abandonó una concepción reductora de los derechos de las víctimas, fundada únicamente en el resarcimiento económico, para destacar que las víctimas, o los perjudicados con el delito, tienen un derecho efectivo al proceso y a participar en él, con el fin de reivindicar no solamente intereses pecuniarios, sino también, y de manera prevalente, para hacer efectivos sus derechos a la verdad y a la justicia (Colombia, Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-454 del 7 de junio de 2006, magistrado ponente Jaime Córdoba Triviño, Expediente D-5978).

<sup>52</sup> Ver al respecto, Colombia, Corte Constitucional, sentencias C-228 del 2002 y C-454 del 2006.

<sup>53</sup> “De lo anterior surge que tanto en el derecho internacional, como en el derecho comparado y en nuestro ordenamiento constitucional, los derechos de las víctimas y perjudicados por un hecho punible gozan de una concepción amplia –no restringida exclusivamente a una reparación económica– fundada en los derechos que ellas tienen a ser tratadas con dignidad, a participar en las decisiones que las afecten y a obtener la tutela judicial efectiva del goce real de sus derechos, entre otros, y que exige a las autoridades que orienten sus acciones hacia el restablecimiento integral de sus derechos cuando han sido vulnerados por un hecho punible. Ello sólo es posible si a las víctimas y perjudicados por un delito se les garantizan, a lo menos, sus derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación económica de los daños sufridos” (Colombia, Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-228 del 3 de abril de 2002, magistrados ponentes Manuel José Cepeda y Eduardo Montealegre, Expediente D-3672).

<sup>54</sup> Ver al respecto, Colombia, Corte Constitucional, sentencias C-454 del 2006 y C-370 del 2006.

<sup>55</sup> Colombia, Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-228 del 3 de abril de 2002, *op. cit.*

suerte que compete al Estado adoptar las medidas necesarias para recordar; y el derecho de las víctimas a saber en qué circunstancias sucedieron los hechos, independientemente de la prescriptibilidad de las acciones penales.<sup>56</sup> En este orden de ideas, la Corte ha reconocido que el derecho a la verdad tiene una dimensión individual, que se garantiza a través del acceso a un recurso judicial efectivo, y una dimensión colectiva, que pretende evitar el olvido de ciertos acontecimientos, como parte de una estrategia para su no repetición.

Sobre el derecho a la justicia, la Corte ha señalado que implica por lo menos tres garantías: la primera, el deber de investigar y sancionar a los autores y partícipes del hecho punible; la segunda, el derecho a un recurso judicial efectivo; y la tercera, el deber de respeto a las reglas del debido proceso. Este derecho, de acuerdo con la Corte, se garantiza también en la medida en que se permite la participación de las víctimas en el proceso penal. Finalmente, respecto del derecho a la reparación, este comprende, como el derecho a la verdad, una dimensión individual y una dimensión colectiva. En lo referente a la primera, incluye la adopción de medidas de restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición. En cuanto a la segunda, implica medidas de satisfacción de carácter más general.

Estos derechos se materializan si se garantiza el derecho a un recurso judicial efectivo, establecido en los artículos 29 y 229 de la Constitución Política y en los artículos 8° y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que hace parte del bloque de constitucionalidad. Así, todas las personas tienen derecho a acudir a un proceso judicial para ser escuchadas dentro de un plazo razonable, con las debidas garantías, para la determinación de sus derechos y obligaciones.

Conforme a lo anterior, la Corte Constitucional ha determinado que, no obstante la amplia libertad de configuración legislativa, por ejemplo para el diseño de mecanismos de intervención de las víctimas en el proceso penal, el recurso judicial debe garantizar los derechos a la verdad, la justicia y la reparación.<sup>57</sup>

En resumen, la libertad de configuración legislativa y la ponderación judicial son herramientas que permiten efectuar elecciones políticas en forma constitucionalmente admisible. Vale decir, permiten armonizar los dilemas de la sociedad colombiana en torno a la búsqueda de la paz y la justicia, con la Constitución. De modo que la JT en Colombia, a diferencia de otros países, no acontece en un vacío constitucional. Tampoco deroga o suspende las obligaciones que emanan de la Carta Política. Las cuestiones relacionadas



<sup>56</sup> Colombia, Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-454 del 7 de junio de 2006, op. cit.

<sup>57</sup> Colombia, Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-260 del 6 de abril de 2011, magistrado ponente Jorge Iván Palacio, Expediente D-8269.

con el diseño institucional específico, las restricciones empíricas y la escasez de recursos económicos pueden ser resueltas favorablemente sin ignorar que existe una Constitución vigente.

## **7. EL MÉTODO DE LA JUSTICIA TRANSICIONAL: ANÁLISIS COMPARADO ATENDIENDO AL CONTEXTO**

El recurso al derecho comparado en el análisis jurídico es relativamente reciente. Aparece a partir del primer congreso internacional de legislación comparada, que se llevó a cabo en París en 1900. Teniendo en cuenta su carácter novedoso en el estudio del derecho, el desarrollo de esta disciplina no ha sido demasiado amplio. Más de un siglo después del Congreso de París, los expertos aún debaten si el derecho comparado es una ciencia, una rama del derecho, un método o un criterio auxiliar de interpretación. En el ordenamiento jurídico colombiano, la Corte Constitucional ha entendido el recurso al derecho comparado como este último.<sup>58</sup>

Ahora bien, entender el derecho comparado como un criterio auxiliar de investigación no es obstáculo para señalar que debe guiarse por un método. Esto aplica para la comparación de experiencias de JT. Al respecto, los estudiosos han identificado por lo menos tres aproximaciones de análisis comparado del derecho.

La primera, denominada por Günter Frankenberg y Peer Zumbansen como “juxtaposition plus”. Según este enfoque, la comparación consiste en confrontar las instituciones jurídicas, las reglas y las doctrinas de una cultura legal con las de otra, en el marco de una supuesta objetividad del contraste. Esta aproximación clasifica las instituciones en familias y tradiciones sobre la base de su parecido y defiende su utilidad para resolver lo que parecen ser problemas universales.<sup>59</sup> Esta parece ser una de las aproximaciones implícitas que han adoptado muchos de los agentes con poder jurídico que inciden en la configuración del campo de la JT en Colombia. La segunda aproximación se conoce como funcionalismo.<sup>60</sup> Según esta, se deben comparar las instituciones que cumplen la misma función, aun cuando tengan denominaciones diferentes. Para ello, estas instituciones deben tener un amplio grado de formalidad en los sistemas jurídicos por comparar.



<sup>58</sup> Colombia, Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-342 del 3 de mayo de 2006, magistrado ponente Humberto Sierra Porto.

<sup>59</sup> Zumbansen, Peer, “Comparative Law’s Coming of Age? Twenty Years after Critical Comparisons”, *German Law Journal*, 2005, (6), p. 1074, en <<http://www.germanlawjournal.com/index.php?pageID=11&artID=614>>.

<sup>60</sup> *Ibid.*, p. 1075.

Estas dos aproximaciones son objeto de críticas por su carácter limitado y formalista, por no considerar los factores económicos, políticos y sociales que afectan el derecho, y por comparar solo aquellos aspectos reconocidos como familiares y denominados como comparables. En este sentido, Zumbansen critica el funcionalismo. Señala que este desconoce que las instituciones legales interactúan unas con otras y que no es posible encontrar tipologías de soluciones en el derecho comparado.<sup>61</sup>

De alguna forma, de acuerdo con Zumbansen y Frankenberg, estos enfoques reafirman el mito de la objetividad académica. Este tipo de comparación también ha estado presente en la configuración del campo de la JT en Colombia. Por ejemplo, distintos actores han sugerido la necesidad de poner en marcha cuanto antes una gran comisión de la verdad en el país. Aducen que es el único mecanismo de JT que hace falta y que sería útil para ofrecer verdad ante la lentitud de los procesos penales. Esta comparación formalista ignora que, si bien una comisión de la verdad puede ser pertinente en Colombia, un elemento de contexto ineludible es la persistencia del conflicto armado del que la comisión pretendería ocuparse.

Finalmente, la tercera aproximación al estudio del derecho comparado es la contextual, según la cual es necesario revisar los elementos sociales, políticos, económicos y de diversa índole que contribuyen a formar las instituciones jurídicas. Este parece ser el enfoque más apropiado para trasplantes exitosos de mecanismos de JT en una realidad tan compleja como la colombiana. Ahora bien, esta aproximación le cabe como crítica el tener una agenda muy ambiciosa, que por lo mismo causa problemas teóricos y prácticos.<sup>62</sup> Frente a estas críticas, algunos autores plantean como alternativa el recurso a la aproximación funcionalista, utilizando herramientas contextuales, de modo que no se pierda de vista el objeto de la comparación, pero considerando el contexto.

Ante estas aproximaciones, Zumbansen defiende, siguiendo a Frankenberg, un enfoque crítico del derecho comparado. Su propuesta consiste en “entender el derecho comparado como empoderante y liberador”.<sup>63</sup> Esta



<sup>61</sup> “The functionalist negates the interaction between legal institutions and provisions by stripping them from their systemic context and integrating them in an artificial universal typology of ‘solutions’. In this way, ‘function’ is reified as a principle of reality and not taken as an analytical principle that orders the real world. It becomes the magic carpet that shuttles between the abstract and the concrete, that transcends the boundaries of national legal concepts, that builds the system of comparative law, the ‘universal comparative legal science of ‘the general law’” (ibid., p. 1077).

<sup>62</sup> Platsas, Antonios Emmanuel, “The Functional and the Dysfunctional in the Comparative Method of Law: Some Critical Remarks”, *Electronic Journal of Comparative Law*, 2008, (12.3), p. 4, en <<http://www.ejcl.org/123/art123-3.pdf>>.

<sup>63</sup> Traducción propia. Zumbansen, “Comparative Law’s...”, op. cit., p. 1074.

propuesta se enmarca en el hecho de que, aunque el derecho comparado está adquiriendo relevancia en la práctica jurídica, las aproximaciones que resultan de su estudio tienden a ser muy limitadas.<sup>64</sup>

El potencial de este enfoque crítico para el caso colombiano es altamente prometedor. Una reflexión comparada crítica, en perspectiva contextual, es una herramienta valiosa para reducir la complejidad del caso colombiano, a partir del involucramiento en el análisis de múltiples variables.<sup>65</sup> Con el fin de evitar la dispersión del esfuerzo comparativo por causa de la pluralidad de variables, es crucial reafirmar metodológicamente el propósito de la comparación: perfeccionar las instituciones de JT a efectos de mejorar la situación real de las víctimas. En consecuencia, bajo este enfoque, las experiencias que conduzcan a reducir estándares o privilegiar indicadores “eficientistas” deberían ser descartadas.

Para terminar, además de proponer una aproximación crítica al estudio del derecho comparado, es aconsejable seguir algunas reglas para que el recurso a la comparación sea lo más riguroso posible. Roberto Scaciglia propone una serie de pasos para percibir en su totalidad el término por comparar; estos son: el término por comparar debe ser estudiado tal y como aparece en la realidad. Así mismo, debe ser examinado en sus fuentes originales. Por otro lado, debería ser estudiado en la complejidad y la totalidad de las fuentes del derecho. Se deben respetar las jerarquías de fuentes en el ordenamiento estudiado. Por último, el término por comparar debe ser estudiado según el método del ordenamiento al que pertenece.<sup>66</sup> Por el contrario, se afirma que “no hay auténtica comparación cuando el análisis se agota en la descripción paralela de las características de los dos términos que se pretende comparar”.<sup>67</sup> En cualquier caso, la elección del método apropiado



<sup>64</sup> “Frankenberg posits comparative law as an empowering critical exercise through which to illuminate the marginalized, the excluded and silenced voices in the other –and one’s own– legal (socio-economic, political and cultural) regime. In this respect, Frankenberg premeditates the central gist of Harold Koh’s powerful evocation of domestic legal theory and legal discourse as a prerequisite and core element of transnational legal critique. Reconstructing a particular legal discourse will ultimately help in identifying the hidden agendas and background assumptions that inform our appropriation of foreign legal systems, their –assumed– differences and similarities” (ibid.).

<sup>65</sup> “El derecho comparado, tanto jurisprudencial como legislativo, cumple la función no solo de ejemplificar las alternativas sino de ilustrar cuáles son más amplias y cuáles más restrictivas. Ello es valioso para evitar que en la formulación del condicionamiento se desconozca la potestad de configuración del legislador y, al mismo tiempo, se asegure que el límite constitucional ha sido enunciado de manera adecuada y precisa, a partir de los mandatos de nuestra Constitución” (Colombia, Corte Constitucional, Sala Plena, salvamento de voto a la Sentencia C-355 del 10 de mayo de 2006, magistrado Manuel José Cepeda, Expediente D-6122 y otros).

<sup>66</sup> Scaciglia, Roberto, *Introducción al derecho constitucional comparado*, Dykinson, Madrid, 2011, p. 94.

<sup>67</sup> Constantinesco, L. J., *Tratado de derecho comparado. Volumen II El método comparativo*, Ed. Tecnos S.A., 1987, p. 9.

para la comparación dependerá del objeto y los objetivos de dicho ejercicio, vale decir, “los resultados que permitirá conseguir y la sede que se utilizará”.<sup>68</sup>

Del rigor en las comparaciones depende parcialmente la pertinencia de las experiencias comparadas. A su vez, que las experiencias sean pertinentes es una de las condiciones para su éxito en un contexto novedoso. En especial, cuando la comparación es lo suficientemente especializada como para anticipar los problemas derivados del contexto y de variables complejas que el funcionalismo y el formalismo no están en capacidad de percibir. Adicionalmente, la propia Corte Constitucional ha sostenido que el recurso a experiencias comparadas debe en todo caso respetar la fundamentación constitucional de la justicia transicional.<sup>69</sup>

## CONCLUSIONES

La persistencia del conflicto, la paradoja de la normatividad sofisticada pero ineficaz y la comprensión de la JT como herramienta para generar la transición hacen de la experiencia colombiana un fenómeno singular. Por su atipicidad, el caso colombiano interpela al campo de la JT.

La indeterminación del campo de la JT en Colombia parece obedecer a distintas razones. Sin duda, hay un intenso pulso por fijar el sentido de la historia de las atrocidades en Colombia. Quién le hizo qué a quién. En esa disputa, la manera como se nombra y renombra la violencia reconoce o niega responsabilidades, y, al mismo tiempo, configura en forma determinante el campo. La preexistencia de una tradición de normas e instituciones de atención a víctimas cualifica el acontecer de la JT en Colombia. Esos materiales jurídicos condicionan la manera como la JT puede tener lugar en el país. Los estándares previos intensifican la disputa por el campo, que se debate entre el respeto por el derecho y la adopción de perspectivas pragmáticas.

Dada su indeterminación, el campo no ofrece un concepto unificado de lo que se entiende por JT en Colombia. Esa textura abierta, paradójicamente, ha sido funcional a los agentes que cuentan con la autoridad normativa para declarar qué es la JT y qué consecuencias deben derivarse de ella, como recurso frente al hecho de que dicha autoridad ha sido disputada, particularmente, en escenarios judiciales. Por otra parte, los resultados de la implementación de mecanismos de JT signados por la indeterminación y, por lo tanto, por la elusión de su regulación jurídica demuestran que aquellos pueden ser



<sup>68</sup> Lombardi, Giorgio, *Introducción al derecho público comparado*, Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1987.

<sup>69</sup> Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-771 del 2011, op. cit.

utilizados tanto para reconocer las atrocidades como para negarlas. Es la consecuencia moral inevitable de la indeterminación normativa.

La forma común de la neutralidad de los operadores jurídicos de la JT en Colombia es la opinión técnica, entendida como la búsqueda de los mejores resultados posibles con independencia de juicios de valor. El recurso a la experiencia comparada cualifica la tecnicidad. Los incentivos profesionales parecen compatibles con esta. Con todo, el estado actual del diseño institucional de JT es resultado de los esfuerzos de incidencia de distintos agentes dotados de intencionalidad.

La indeterminación de la JT tiene al menos dos dimensiones. La primera es la flexibilización o elusión de estándares, que va de la mano con la atribuida autoridad normativa de la JT. Sin duda, esto puede incidir en la configuración de la comprensión jurídica de los derechos de las víctimas. La segunda, la ausencia de método comparado, que reduce drásticamente las posibilidades de identificar experiencias pertinentes. Ambas dimensiones parecen direccionadas a consolidarse.

La afirmación del régimen constitucional y la defensa del rigor en la comparación pueden estructurar una estrategia correcta y posible para enfrentar la indeterminación de la JT en Colombia y sus consecuencias indeseables. De nuevo, la libertad de configuración legislativa y la ponderación judicial son las herramientas que hacen compatibles las decisiones políticas con la Constitución. La atención al contexto en el contraste de experiencias agrega posibilidades de éxito. Ahora bien, la JT, como fenómeno institucional, no debe ser sobrevalorada. La lucha por los derechos humanos en Colombia antecedió por mucho al surgimiento del campo de la JT y sin duda sobrevivirá a él.

## BIBLIOGRAFÍA

1. Arias, Gabriel, "La sociedad civil en el marco de la JT en Colombia", en Centro Internacional para la Justicia Transicional Programa Colombia, *Transiciones en contienda. Dilemas de la JT en Colombia y en la experiencia comparada*, ICTJ, Bogotá, 2010.
2. Beristain, Carlos Martín, "Verdad, justicia y reparación: democracia y derechos humanos en América Latina", en Instituto Interamericano de Derechos Humanos, *Contribución de las políticas de verdad, justicia y reparación a las democracias en América Latina*, IIDH, San José, 2001.
3. Bickford, Louis, "Transitional Justice", *The Encyclopedia of Genocide and Crimes Against Humanity*, 2002,
4. Centro Internacional para la Justicia Transicional, *El proceso penal de Justicia y Paz*, ICTJ, Bogotá, 2009.

5. Cohen, Stanley, *Estados de negación. Ensayo sobre atrocidades y sufrimiento*, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, 2005.
6. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-228 del 3 de abril de 2002, magistrados ponentes Manuel José Cepeda y Eduardo Montealegre.
7. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-342 del 3 de mayo de 2006, magistrado ponente Humberto Sierra Porto.
8. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-370 del 2006, magistrado ponente Manuel José Cepeda y otros.
9. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-771 del 2011, magistrado ponente Nilson Pinilla Pinilla.
10. Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación, Grupo de Trabajo de Memoria Histórica, Informe “La Rochela: memorias de un crimen contra la justicia”, CNRR-GTMH, Bogotá, 2010.
11. Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación, Grupo de Trabajo de Memoria Histórica, Informe “La masacre de El Salado: esa guerra no era nuestra”, CNRR-GTMH, Bogotá, 2009.
12. Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación, Grupo de Trabajo de Memoria Histórica, Informe “Trujillo, una tragedia que no cesa”, CNRR-GTMH, Bogotá, 2008.
13. Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación, Grupo de Trabajo de Memoria Histórica, Informe “La masacre de Bahía Portete. Mujeres wayúu en la mira”, CNRR-GTMH, Bogotá, 2010.
14. Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación, Grupo de Trabajo de Memoria Histórica, Informe “Silenciar la democracia. Las masacres de Remedios y Segovia 1982-1997”, CNRR-GTMH, Bogotá, 2011.
15. Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación, Grupo de Trabajo de Memoria Histórica, Informe “San Carlos. Memorias del éxodo en la guerra”, CNRR-GTMH, Bogotá, 2011.
16. Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación, Grupo de Trabajo de Memoria Histórica, Informe “La huella invisible de la guerra. Desplazamiento forzado en la comuna 13”, CNRR-GTMH, Bogotá, 2011.
17. Constantinesco, L. J., *Tratado de derecho comparado. Volumen II El método comparativo*, Ed. Tecnos S.A., 1987.
18. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso 19 comerciantes vs. Colombia. Fondo, reparaciones y costas*, sentencia del 5 de julio de 2004, serie C, N° 109.
19. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso de la masacre de La Rochela vs. Colombia. Fondo, reparaciones y costas*, sentencia del 11 de mayo de 2007, serie C, N° 163.

20. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas*, sentencia del 26 de mayo de 2010, serie C, N° 213.
21. Goodin, Robert (comp.), *Teoría del diseño institucional*, Gedisa, Barcelona, 2003.
22. Kennedy, Duncan, *Izquierda y derecho. Ensayos de teoría jurídica crítica*, Siglo XXI Editores, Buenos Aires, 2010.
23. Kennedy, Duncan, *Libertad y restricción en la decisión judicial. El debate con la teoría crítica del derecho*, Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana, Instituto Pensar, Ediciones Uniandes, Bogotá, 1999.
24. Lombardi, Giorgio, *Introducción al derecho público comparado*, Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1987.
25. Platsas, Antonios Emmanuel, "The Functional and the Dysfunctional in the Comparative Method of Law: Some Critical Remarks", *Electronic Journal of Comparative Law*, 2008.
26. Reed, Michael, "Justicia transicional bajo fuego. Cinco reflexiones marginales sobre el caso colombiano", en Reed, Michael & Rivera, María Cristina (eds.), *Transiciones en contienda: disyuntivas de la justicia transicional en Colombia desde la experiencia comparada*, ICTJ, Bogotá, 2010.
27. Scarciglia, Roberto, *Introducción al derecho constitucional comparado*, Dykinson, Madrid, 2011.
28. Teitel, Ruti, "Transitional Justice Genealogy", *Harvard Human Rights Journal*, 2003.
29. Teubner, Gunther & Bordieu, Pierre, *La fuerza del derecho*, Siglo del Hombre Editores, Facultad de Derecho Uniandes e Instituto Pensar, Bogotá, 2000.
30. Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, *Revista Pensamiento Jurídico N° 17, Comentarios sobre la Ley de Justicia y Paz*, Bogotá, noviembre-diciembre 2006.
31. Uprimny, Rodrigo, *¿Justicia transicional sin transición? Verdad, justicia y reparación para Colombia*, Dejusticia, Bogotá, 2006.
32. Wacquant, L. J. D. & Bordieu, Pierre, *An invitation to reflexive sociology*, The University of Chicago Press, Chicago, 1992.
33. Zumbansen, Peer, "Comparative Law's Coming of Age? Twenty Years after Critical Comparisons", *German Law Journal*, 2005.

