

Legitimidad de las fuentes para las calificaciones jurídicas propias de la jurisdicción especial para la paz de Colombia

Sources of legitimacy for the legal qualifications of the special jurisdiction for peace of Colombia

Legitimidade das fontes de qualificação jurídica específica para a jurisdição especial colombiana para a paz

Morán Castañeda, Viviana

 Viviana Morán Castañeda
v.moran1969@uniandes.edu.co
Universidad de los Andes, Colombia

Revista Latinoamericana, Estudios de la Paz y el Conflicto

Universidad Nacional Autónoma de Honduras, Honduras
ISSN: 2707-8914
ISSN-e: 2707-8922
Periodicidad: Semestral
vol. 2, núm. 4, 2021
revistapaz@unah.edu.hn

Recepción: 30 Marzo 2021
Aprobación: 18 Abril 2021

URL: <http://portal.amelica.org/ameli/jatsRepo/335/3351968007/index.html>

DOI: <https://doi.org/10.5377/rlpc.v2i4.11249>



Esta obra está bajo una [Licencia Creative Commons Atribución 4.0 Internacional](https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/).

Cómo citar / citation : Morán Castañeda, V (2021). Legitimidad de las fuentes para las calificaciones jurídicas propias de la jurisdicción especial para la paz de Colombia. *Estudios de la Paz y el Conflicto, Revista Latinoamericana*, Volumen 2, Número 4, 13-31, <https://doi.org/10.5377/rlpc.v2i4.11249>.

Resumen: En el artículo se expone la idea de que la Jurisdicción Especial para la Paz de Colombia debe hacer uso, en todos los casos, de su potestad para realizar calificaciones jurídicas propias con el objetivo de fortalecer el cumplimiento de sus funciones de carácter especial y transitorio. Se sostendrá que la fuente legítima para elaborar las calificaciones jurídicas propias es el Derecho Internacional si la construcción de la calificación está guiada por criterios de Justicia Restaurativa. Estos criterios deben cooperar con el cumplimiento de los derechos de los sobrevivientes y la reincorporación de los excombatientes. Se defiende esta idea al considerar que el Derecho Interno y el Derecho Internacional en sí mismos carecen de legitimidad para ser contemplados sin otros criterios de aplicación.

Palabras clave: Justicia restaurativa, Jurisdicción Especial para la Paz, Justicia transicional, seguridad jurídica, Derecho Internacional.

Abstract: This study explains the idea that the Special Jurisdiction for Peace of Colombia should make use, in all cases, of its power to carry out its own juridical qualifications to strengthen the accomplishment of its special and transitory functions. It is argued that the International Law is the legitimate source to elaborate its own juridical qualifications as its construction is guided by the criteria of Restorative Justice. These criteria should be aligned with the fulfilment of the rights of survivors and the reintegration of ex-combatants. This idea is defended by considering that both domestic and international law by lack themselves the legitimacy to be contemplated without other application criteria.

Keywords: Restorative Justice, Special Jurisdiction for Peace, Transitional Justice, Legal Security, International Law.

Resumo: O artigo expõe a ideia de que a Jurisdição Especial para a Paz da Colômbia deve fazer uso, em todos os casos, de sua faculdade de exercer suas próprias qualificações jurídicas, a fim de fortalecer o cumprimento de suas funções de caráter especial e transitório. Argumentar-se-á que a fonte legítima para elaborar as próprias qualificações jurídicas é o Direito Internacional se a construção da qualificação for orientada por critérios da

Justiça Restaurativa. Esses critérios devem cooperar com o cumprimento dos direitos dos sobreviventes e a reintegração dos ex-combatentes. Esta ideia é defendida ao considerar que o Direito Interno e o Direito Internacional em si carecem de legitimidade para serem contemplados sem outros critérios de aplicação

Palavras-chave: Justiça restaurativa, Jurisdição Especial para a Paz, Justiça transicional, segurança jurídica, Direito internacional .

EXTENDED ABSTRACT

In the creation for the Special Jurisdiction for Peace (JEP), a legal instrument - similar to the Penal Code that typifies the conduct of its competence - was not defined as it is done in the Ordinary Justice system. Despite this apparent legal void, the Final Agreement to End the Armed Conflict and Build a Stable and Lasting Peace (2016) - Final Agreement - established that the LEGAL framework of the JEP would be the International Human Rights Law and International Humanitarian Law. Particularly, the International Criminal Law and the Colombian Penal Code were added as possible sources of reference for the legal classification of conduct.

This article defends the idea that the JEP should, in all cases, use its legal authority to perform its own juridical qualifications with the aim to strengthen the performance of its special and transitory functions. It is argued that the legitimate source for drawing up the JEP own legal qualifications is the international law as the construction of the classification is guided by Restorative Justice criteria. These criteria should be aligned with the fulfilment of survivors' rights and the reintegration of ex-combatants. This idea is defended by considering that both domestic and international law lack themselves the legitimacy to be contemplated without other application criteria.

To support this position (i) a brief summary of the JEP's legal authority regarding juridical qualifications and the concept of legitimacy is made, (ii) it will be demonstrated that the Penal Code lacks the legitimacy to be applied in transition times as it is the legal-criminal expression of the State, who is part of the conflict, (iii) the tension between globalization and national sovereignty in the implementation of transitional justice and its relationship with the protection of survivors' rights it is retaked, (iv) some clarifications are made on the biased nature of international law and the consequent affectation of its legitimacy, and finally (v), some elements of Restorative Justice are addressed in response to the crisis of legitimacy of national and international sources.

Legitimacy will be understood, according to Habermas (1981, p. 243), as "the fact of merit recognition by a political order". Thus, for the purposes of the discussion, "political order" will be thought as a special and temporary moment, which is typical of Transitional Justice. In this way, it is recognized that there are "social powers and legal systems that can be recognized as more legitimate (critical) and other systems entirely illegitimate where there are no minimum controls to prevent abuse and arbitrariness, the arrogance of power and the denial of human rights." (Diaz, 2009, p. 105). Thus, the study on the legitimacy of the legal sources of the JEP will be related to the purposes of the Final Agreement, which are: peace-building, ending of the armed conflict with an insurgency and strengthening democracy in the country.

NOTAS DE AUTOR

Viviana Morán Castañeda es abogada y especialista en instituciones jurídico-penales de la Universidad Nacional de Colombia, Magister en Derecho Internacional y Magister en Construcción de Paz de la Universidad de los Andes. Ex-asesora jurídica de la Comisión de Seguimiento, Impulso y Verificación a la Implementación del Acuerdo Final de Paz en Colombia.

Particularly in Colombia, there has been an internal conflict with various expressions at the national level that includes a legal response of the State to their opponents. Within this response there is the formulation and issuance of the Colombian Penal Code. Actually, the criminal code classifications can be analysed in the light of the Criminal Law of the Enemy, as a specific development of the strategies of the Doctrine of National Security and the Low Intensity War. On this respect, Ferrajoli (2007) points out that the purpose of enemy criminal law is to sow terror among those suspected of collusion with "terrorism" and intends to humiliate the contrary outside of the law as a "non-person", over which there is no obligation to apply procedural or humanitarian guarantees.

In this sense, the Penal Code is part of the institutional response of the State which, together with the military strategy - typical of its defence of the monopoly of violence - has been designed to confront its opponents in the conflict. Indeed, the Penal Code has been the legal instrument with which one of the parties to the conflict has been judged primarily: the insurgency. This makes it clear that this legal instrument is not a legitimate tool that can be applied in transitional processes arising from a negotiation between two parties that do not have a hierarchy relationship - victor/defeated - with respect to each other.

On the other hand, even if the text takes the position of defending the legitimacy of international law instead of domestic law, the analysis of the role played by the former in the construction of war in internal armed conflicts and interstate armed conflicts cannot be omitted. According to Uruña (2015), international war regulations benefit the techniques used by dominant powers and disproportionately limit guerrilla warfare techniques. Specifically, because international law determines the form and structure of war, in which it becomes a legal juridical institution. In this way, international law builds war in what it forbids and in what it allows. Specially, "IHL limits certain techniques of violence, but privileges others, giving the latter an important reinforcement of legitimacy" (Uruña, 2015, p. 283). However, once the biased nature of international law has been recognized in the justification for violence, it will continue to be argued that its implementation in times of transition is endowed with more critical legitimacy than domestic legal systems, if it is guided by the principles of Restorative Justice that guarantee the enjoyment of the rights of survivors and the reintegration of ex-combatants.

The approach proposed by the Restorative Justice takes off the State as the central pillar in criminal proceedings and places as a priority the person who was affected, the person responsible, and the community in which they live. It aims to find a solution that recognizes harm within a specific political, social, and economic context so a solution that avoids repetition is reached. This is how the processes, in which the principles of Restorative Justice are included, have the possibility of balancing, on the one hand, the responsibility of the person who committed the offense and, on the other hand, the needs that afflict those affected by the fact, within which the community is also located. Finally, from joint participation, to make decisions in the face of the events that occurred (Rojas, 2017). This particular point is what makes it possible to understand Restorative Justice as an appropriate justice to be applied in transitional scenarios in which the inadequacy of traditional criminal systems has been demonstrated by the special nature of the transition, the exorbitant number of facts to be judged, as well as the overflowing number of people involved. This will be considered with the need to create an environment of possible reconciliation that ensures non-repetition and, where possible, the resolution of the causes that gave rise to the scenarios of serious human rights violations.

Consequently, Restorative Justice, through the dialogical method, allows the possibility of cultivating some impartiality (Page, 2015) by the mediators in the criminal proceedings. This is a function that in the case of the JEP would be being executed by the Magistrates. This impartiality occurs to the extent that it does not prioritize the interests of any of the parties in the conflict, nor does it dismiss the needs of survivors, based on the joint participation of all involved. In this way, restorative justice offers a response to the crisis of legitimacy that have the domestic and international legal system. In this proposal the survivors, the responsible parties, and their communities actively participate in the process and protect the rights of the participants, as well as

the interests of the community to strengthen a social structure that has been severely affected by the armed conflict.

1. INTRODUCCIÓN

Para la Jurisdicción Especial para la Paz – en adelante, JEP- no se definió un instrumento jurídico similar al Código Penal que tipificara las conductas de su competencia, tal como se hace en la Justicia Ordinaria. A pesar de este aparente vacío jurídico, el Acuerdo Final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera (2016) – en adelante, Acuerdo Final- estableció que el marco jurídico de la JEP sería el Derecho Internacional de los Derechos Humanos – en adelante, DIDH- y el Derecho Internacional Humanitario – en adelante, DIH-. Particularmente, para la calificación jurídica de las conductas se añadieron, como posibles fuentes de referencia, el Derecho Penal Internacional – en adelante, DPI- y el Código Penal colombiano. Luego, esta disposición fue retomada en idéntica forma en la implementación normativa en el Acto Legislativo 01 de 2017, en la Ley -Estatutaria- 1957 de 2019 y en sus respectivas sentencias de constitucionalidad C-674 de 2017 y C-080 de 2018.

Aquí se parte de la idea de que la Jurisdicción Especial para la Paz debe hacer uso, en todos los casos, de su potestad para realizar calificaciones jurídicas propias con el objetivo de fortalecer el cumplimiento de sus funciones de carácter especial y transitorio. Se defiende esta idea al considerar que el Derecho Interno y el Derecho Internacional en sí mismos carecen de legitimidad para ser contemplados sin otros criterios de aplicación. Así, se sostendrá que la fuente legítima para elaborar las calificaciones jurídicas propias es el Derecho Internacional si la construcción de la calificación está guiada por criterios de Justicia Restaurativa, que cooperen con el cumplimiento de los derechos de los sobrevivientes y la reincorporación de los excombatientes.

Para defender esta posición (i) se hará un breve resumen sobre la potestad de la JEP respecto a las calificaciones jurídicas y el concepto de legitimidad, (ii) se evidenciará que el Código Penal carece de legitimidad para ser aplicado en momentos de transición por ser la expresión jurídico-penal del Estado, siendo este parte del conflicto, (iii) se retomará la tensión entre globalización y soberanía nacional en la implementación de la justicia transicional y su relación con la protección de los derechos de los sobrevivientes, (iv) se harán algunas precisiones sobre el carácter parcializado del Derecho Internacional y la consecuente afectación a su legitimidad, y (v), finalmente, se abordarán algunos elementos de la Justicia Restaurativa como respuesta a la crisis de legitimidad de las fuentes nacionales e internacionales.

2. LAS POSIBILIDADES DE LA JEP PARA FORMULAR CALIFICACIONES JURÍDICAS PROPIAS

Para empezar, vale la pena aclarar que la Jurisdicción Especial para la Paz tiene una facultad reforzada para crear calificaciones jurídicas propias con un marco normativo que incluye el Derecho Internacional y/o el Código Penal. Así lo afirma el Acuerdo Final que, aparte de ser un documento oficial del Consejo de Seguridad de la ONU y estar depositado como Acuerdo Especial ante el Consejo de la Federación Suiza, constituye un parámetro obligatorio de interpretación y referente en la implementación, de acuerdo con el Acto Legislativo 02 de 2017. A continuación, se cita de manera extensa:

19. Para efectos del SIVJRNR, los marcos jurídicos de referencia incluyen principalmente el Derecho Internacional en materia de Derechos Humanos (DIDH) y el Derecho Internacional Humanitario (DIH). Las secciones del Tribunal para la Paz, las Salas y la Unidad de Investigación y Acusación, al adoptar sus resoluciones o sentencias harán una calificación jurídica propia del Sistema respecto a las conductas objeto del mismo, calificación que se basará en el Código Penal colombiano y/o en las normas de Derecho Internacional en materia de Derechos Humanos (DIDH), Derecho Internacional Humanitario

(DIH) o Derecho Penal Internacional (DPI), siempre con aplicación obligatoria del principio de favorabilidad. (Acuerdo Final para la terminación del conflicto, 2016:147).

De la misma forma, en el artículo transitorio 5 del Acto Legislativo 01 de 2017 se establece que:

La JEP al adoptar sus resoluciones o sentencias hará una calificación jurídica propia del Sistema respecto a las conductas objeto del mismo, calificación que se basará en el Código Penal Colombiano y/o en las normas de Derecho Internacional en materia de Derechos Humanos (DIDH), Derecho Internacional Humanitario (DIH) o Derecho Penal Internacional (DPI), siempre con aplicación obligatoria del principio, de favorabilidad. (Acto Legislativo 01, 2017, p. 6).

Adicionalmente, en el artículo 23 de la Ley Estatutaria de la JEP (Ley 1957, 2019) se retoma, sin variaciones, la redacción del Acuerdo Final. También se declaró su exequibilidad en las sentencias C-674 de 2017 y C-080 de 2018 que evaluaron la constitucionalidad del Acto Legislativo 01 de 2017 y la Ley Estatutaria, respectivamente. En otras palabras, la facultad de la JEP para hacer calificaciones jurídicas propias tiene, por un lado, rango constitucional como artículo de la Constitución Política y como criterio de interpretación y aplicación de disposiciones, y, por otro, ostenta rango de ley estatutaria, reforzado por la declaratoria de exequibilidad que hizo la Corte Constitucional en dos oportunidades. Además, la potestad está contenida en un documento con reconocimiento internacional en dos sentidos: como Acuerdo Especial y como Documento oficial de la ONU.

Esta posibilidad de la construcción de calificaciones jurídicas le da a la JEP la capacidad de solventar limitaciones propias de la aplicación tanto del Derecho Internacional como del ordenamiento jurídico doméstico. Específicamente, esta facultad permite la creación de categorías que estén construidas por una variedad de elementos del Derecho Internacional (o del orden doméstico) –incluso categorías completas– pero no suponen, a su vez, el traslado de las limitaciones propias de los instrumentos jurídicos como lo son la competencia personal y la competencia temporal. A saber, la adopción de calificaciones originales y particulares constituye un nuevo marco jurídico limitado tan sólo por la competencia –temporal, material y personal– que se le ha dado a la misma Jurisdicción Especial para la Paz en la implementación normativa que le dio origen -Acuerdo Final, AL01 de 2017, Ley Estatutaria, Sentencias C-674 de 2017 y C-080 de 2018-.

Sobre la legitimidad del derecho aplicable

Para abordar el cuestionamiento que se plantea respecto a la legitimidad del Derecho Internacional y el Derecho Interno, vale la pena delimitar el concepto mismo. La legitimidad será entendida, de acuerdo con Habermas (1981, p. 243), como “el hecho de merecimiento de reconocimiento por parte de un orden político”. Así, para efectos de la discusión, se pensará en “orden político” como un momento especial y temporal, propio de la Justicia Transicional, que merece la realización de una evaluación de legitimidad. Según el autor, esta característica depende esencialmente de “las condiciones formales de aceptabilidad de las razones que prestan a las legitimaciones eficacia, fuerza consensual y fuerza motivadora” (Habermas, 1981, p. 251). Lo anterior supone la necesaria construcción y exposición de razones que expliquen la toma de decisiones por parte de una autoridad. En palabras de Gargarella:

Si uno parte de una concepción deliberativa de la democracia, luego, no puede considerar que el mero hecho de que muchas manos se levanten al unísono sea sinónimo de decisión democrática. Tal requisito no basta para darle legitimidad constitucional a una ley: en democracia es necesario conocer las razones que justifican las decisiones que se quieren tomar. (2008, p. 590).

En este sentido, el análisis se realizará según los avances que se han llevado a cabo desde la Escuela Realista Crítica del Derecho sobre la conceptualización de legitimidad. Específicamente, se diferenciará “la legitimidad (legalizada), incorporada en normas . jurídicas positivas, con la legitimidad social (legitimación), asumida por el grupo o por unos/otros sectores de él, y/o con la legitimidad crítica, propiamente dicha,

basada en valores que exigen racional fundamentación y justificación.” (Díaz, 2009, p. 94). Precisamente, la valoración sobre la legitimidad de las fuentes que la JEP debe tener en cuenta se hará a partir de la legitimidad crítica.

Específicamente, se ubicarán los marcos jurídicos que se le han permitido para dicha labor en un contexto internacional y nacional que permita develar sus orígenes, formas de uso y consecuencias en la ejecución de la Justicia Transicional en Colombia. De esta forma, se reconoce que hay “poderes sociales y ordenamientos jurídicos a los que cabe reconocer mayor legitimidad (crítica) y otros del todo ilegítimos donde no existen los mínimos controles para evitar el abuso y la arbitrariedad, la prepotencia del poder y la negación de los derechos humanos.” (Díaz, 2009, p. 105). Teniendo en cuenta esta precisión se analizarán los componentes tanto del Código Penal como de los instrumentos jurídicos del Derecho Internacional.

Aunado a lo anterior, el estudio sobre la legitimidad de las fuentes jurídicas de la JEP se relacionará con los fines últimos de construcción de paz, terminación del conflicto armado con una insurgencia y con el fortalecimiento de la democracia en el país, que se han establecido como objetivos de la implementación del Acuerdo Final. Lo anterior supone la develación de las condiciones en las que la ley merece el respeto y el cumplimiento de aquellos a quienes va dirigida, incluyendo a los actores del conflicto y a quienes han sobrevivido a él. En palabra de Díaz:

La política, la democracia política, en cuanto legitimidad fundamental se identifica y se concreta de modo correlativo en una doble vertiente: como participación en (la formación y toma de) las decisiones y como participación en (la producción y distribución de) los resultados, medidos en términos de satisfacción de necesidades y de reconocimiento de derechos y libertades. (2009, p. 144).

En otras palabras, la consecución de los objetivos establecidos dentro del Acuerdo Final – especialmente los derechos de los sobrevivientes y la reincorporación política- se constituye en criterio de legitimidad crítica que evalúe los elementos que se adoptarán de marcos jurídicos externos para la construcción de las calificaciones propias. De esta manera, se pasará a analizar en un primer momento la legitimidad del Código Penal frente a un escenario de transición en el que el Estado es un actor del conflicto armado.

3. EL ESTADO COLOMBIANO COMO PARTE DEL CONFLICTO ARMADO

La Doctrina de Seguridad Nacional y la guerra de baja intensidad en Colombia

Particularmente en Colombia se ha desarrollado un conflicto interno con diversas expresiones a nivel nacional que incluye una respuesta jurídica del Estado frente a sus contrarios. Este desarrollo se ha llevado a cabo desde los años de la Guerra Fría en los que se implementó la Doctrina de Seguridad Nacional – en adelante, DSN-. Específicamente, la DSN era la política militar implementada por Estados Unidos y aplicada en América Latina dirigida a la protección en contra de influencias comunistas y a la defensa de los intereses gubernamentales. Como eje transversal de la Doctrina se desarrolla el concepto de “enemigo interno” (Giraldo Moreno, 2015), con el cual se redefine la forma de controlar el conflicto permanente, es decir, se reconfigura la forma de la intervención institucional, militar y policial frente a la sociedad civil.

El enemigo interno es entendido en tres vertientes para las cuales se define una respuesta específica. La primera de ellas es la insurgencia armada, que tiene como respuesta del Estado la guerra contrainsurgente en cabeza del Ejército y de grupos paralelos a la institucionalidad que, apoyados por el gobierno, defienden los intereses estatales. La segunda son los gobiernos políticamente contrarios a las clases dominantes recogidas en los objetivos de la Doctrina, es decir, aquellos presidentes que defienden una ideología diferente al capitalismo son contrarrestados por medio de los Golpes de Estado. Finalmente, el tercer objetivo militar, que constituye el elemento primordial de la Doctrina, son las ciudadanas y ciudadanos considerados amenazas contra el régimen dictatorial por expresar opiniones distintas o en contra a las impuestas desde el gobierno (Molano,

2015). Así, la ciudadanía ocupa un espacio de peligro frente al Estado por la posibilidad de ser germen de ideas comunistas, por lo que son neutralizados con desapariciones, torturas y asesinatos. Todas estas respuestas fueron normativamente impuestas, lo que las revestía de legalidad, acudiendo al argumento de legítima defensa de los objetivos nacionales.

Aquí es necesario identificar cuáles líneas de acción de la Doctrina de Seguridad Nacional se implementaron y persisten en Colombia. Al respecto, se encontraron varias alusiones en el Informe Final de la Comisión Histórica del Conflicto y sus Víctimas. En este se analizaron acciones propias de la “guerra de baja intensidad”, entendida como “una variante militar de intervención política basada en la propaganda y la guerra psicológica. (...) En ella se integran numerosas actividades de tipo militar, político, ideológico, cultural e informativo” (Sierra, 2017, p. 163). Esta estrategia fue creada por Estados Unidos cuando la Doctrina de Seguridad Nacional tuvo una transformación por la caída de las dictaduras latinoamericanas, y obedece a seis “categorías de misiones”: defensa interna frente al extranjero, “proinsurgencia”, operaciones de contingencia en tiempos de paz, acción contra terrorista, operaciones antidrogas y operaciones de guarda de la paz (Sierra, 2017).

En este sentido, Sergio De Zubiría (2015) afirma que en el conflicto interno colombiano dejó de ser clara la frontera entre la guerra y la paz, a través de “la guerra contrainsurgente”, “la guerra contra la mafia”, “la guerra preventiva contra el terrorismo” y la “guerra contra los carteles de las drogas”; todas de alcance internacional. Así mismo, Jairo Estrada (2015) afirma que en Colombia se construyó una contrainsurgencia temprana en 1920, como una expresión de la “combinación de las formas de lucha” adoptada por el Estado colombiano, dentro de las que se incluye la respuesta militar, jurídica y paramilitar. En este argumento, el autor afirma que esta opción estatal estaba alineada con la política anticomunista de Estados Unidos en la Guerra Fría, lo que se ejemplifica en la participación del Batallón Colombia en la guerra de Corea, la definición del “enemigo subversivo” dentro de la política anticomunista y la persecución contra el Partido Comunista -por medio del Acto Legislativo No. 6 de la Asamblea Nacional Constituyente -en adelante, ANC-, organizaciones sindicales, agrarias y populares, entre otras. Así, entre otros factores para explicar la continuación de estrategias institucionales y militares en el conflicto armado, Estrada (2015, p. 31) incluye:

- c) El diseño de estrategias y tácticas de combate al «enemigo interno» y su puesta en cabeza de las fuerzas militares y de policía y de los organismos de seguridad, la cuales orientan al involucramiento de la «población civil no combatiente» y promueven las organizaciones de grupos paramilitares, tempranamente revestidos de legalidad, en la «guerra irregular» contra el «enemigo comunista»; d) la regulación represiva de la protesta social mediante los dispositivos del régimen de estado de sitio, lo cual incorporó la tendencia a la militarización de la vida social.

De igual forma, Renan Vega, en “Guerra fría y subordinación por invitación”, explica que Estados Unidos incluye a Latinoamérica y a Colombia dentro de su concepto de seguridad hemisférica “entendida como el dominio estratégico del Hemisferio Occidental y el rechazo de la región a sus adversarios potenciales” (Vega, 2015, p. 12). Siguiendo con la institucionalización del anticomunismo, Renán Vega recuerda la creación, en 1957, del Programa de Seguridad Interna Extranjera, OISP por sus siglas en inglés, en el que se fortalecen aspectos de seguridad para contrarrestar la subversión comunista. En este sentido, el autor recuerda la firma del Acta de Bogotá en 1960, en la cual se establece una estrategia integral, con énfasis en la acción cívico-militar, para “atacar las fuentes de la agitación política y el subdesarrollo” (Vega, 2015, p. 16). De igual forma, se encuentra el Estatuto de Seguridad contenido en el Decreto 1923 del 6 de septiembre de 1978, expedido por el gobierno de Turbay, en el que se legalizaban actos crueles de tortura para interrogatorios, privaciones de la libertad sin justificación judicial, juicios militares para civiles, entre otras violaciones a los derechos de la población civil.

De otra parte, Javier Giraldo (2015) llama la atención sobre la contradicción que comete el Estado colombiano al haber sido parte de la Declaración Universal de los Derechos Humanos -que protege la libertad de pensamiento, opinión, expresión, reunión, asociación, entre otras- con las políticas anticomunistas que claramente estaban violando ese reconocimiento. Es así como el autor argumenta que la Doctrina de

Seguridad Nacional se basa en la guerra contra un enemigo interno que goza de una amplitud conceptual desmesurada y que fue implementada en Colombia a través de leyes democráticas y actuaciones militares al mismo tiempo. En este sentido, Giraldo trae a colación que en los archivos propios de la aplicación de la Doctrina de Seguridad Nacional en el país se encuentra que

El perfil del “comunista” se identifica explícitamente con el sindicalista, el campesino que no simpatiza o se muestra renuente ante las tropas militares que penetran en su vereda o en su vivienda, el estudiante que participa en protestas callejeras, el militante de fuerzas políticas no tradicionales y críticas, el defensor de derechos humanos, el teólogo de la liberación y en general el poblador inconforme con el *statu quo*. (Giraldo Moreno, 2015, p. 36).

Concluye, entonces, que ese perfil es el que se configura a partir de la población que está en contra de un Estado “excluyente y elitista”. Giraldo explica que:

Los Manuales Contrainsurgentes contemplan tratamientos de choque para estas encarnaciones del “comunismo, tratamientos que no se compadecen en absoluto con las prescripciones que la comunidad internacional ha elaborado en búsqueda de una salvaguarda elemental de la dignidad humana, en Tratados que Colombia ha suscrito formalmente pero que viola de manera sistemática y contumaz. (Giraldo Moreno, 2015, p.36).

En resumen, el papel que ha adelantado el Estado colombiano en el conflicto armado no es actuar como una parte neutral. Al contrario, a partir de la ejecución de la Doctrina de Seguridad Nacional, el Estado ha elaborado diferentes respuestas en contra de la oposición, tanto armada como civil, dentro de las cuales se encuentra la Guerra de baja intensidad. Esta última incluye como eje fundamental la implementación de herramientas institucionales y jurídicas que dotan de legalidad las acciones que él mismo adopta. Dentro de las anteriores se encuentra la formulación y expedición del Código Penal colombiano.

El Código Penal colombiano: un desarrollo del Derecho Penal del Enemigo

De forma concreta, para evaluar la legitimidad del Código Penal como fuente de la JEP es necesario recordar que el proceso de paz desarrollado entre el Estado colombiano y la insurgencia de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia - Ejército del Pueblo - en adelante, FARC-EP- hizo un reconocimiento de la existencia del conflicto armado interno en Colombia. Así lo afirmaron en el preámbulo del Acuerdo Final en el que se recuerda que el proceso se llevó a cabo a partir de una decisión conjunta de “poner fin al conflicto armado nacional”. Específicamente, respecto a la JEP, el Acto Legislativo 01 de 2017 sostiene que “administrará justicia (...) y conocerá de (...) las conductas cometidas (...) por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado, por quienes participaron en el mismo” (Acto Legislativo 01, 2017), dentro del cual se reconocen, por lo menos, dos partes: la insurgencia y el Estado colombiano. De hecho, en el Acuerdo Final se hace alusión directa al Estado como participante del conflicto cuando afirma que “[e]l componente de Justicia también se aplicará respecto de los agentes del Estado.” (“Acuerdo Final para la terminación del conflicto”, 2016, p. 149).

Una vez aclarado lo anterior, vale la pena abordar el carácter del ordenamiento interno, concretamente del Código Penal, como instrumento jurídico que carece de legitimidad para ser utilizado en un proceso de transición. Como se sabe, el Código Penal -Ley 599 de 2001- fue formulado y expedido en el Congreso de la República y naturalmente ha sido implementado por la Rama Judicial. Varias de sus disposiciones, incluyendo las añadidas con posterioridad a su entrada en vigencia, fueron diseñadas como respuesta a las conductas que se llevaron a cabo en el conflicto armado colombiano, dentro de las que se encuentran la rebelión, el secuestro, el aborto forzado en persona protegida, el apoderamiento y desvíos de medios de transporte, entre otras (tipificaciones que son aplicadas exclusivamente a los grupos insurgentes). Precisamente estas tipificaciones pueden ser analizadas a la luz del Derecho Penal del Enemigo, como desarrollo específico de las estrategias de la Doctrina de Seguridad Nacional y de la Guerra de Baja Intensidad.

A propósito, Ferrajoli (2007) señala que la finalidad del Derecho Penal del Enemigo es sembrar terror entre quienes sean sospechosos de connivencia con el “terrorismo”, y pretende humillar al contrario al margen del derecho como una “no-persona”, sobre la que no hay obligación de aplicar garantías procesales ni humanitarias. Por supuesto, la falta de aplicación de garantías es denominada como un “abuso” para no admitir formalmente que el tratamiento inhumano se da como resultado de la decisión de una autoridad. Concretamente, el Derecho Penal del Enemigo, según Cancio (2005, p. 16) se desarrolla en tres sentidos:

En primer lugar, se constata un amplio adelantamiento de la punibilidad, es decir que, en este ámbito, la perspectiva del ordenamiento jurídico-penal es prospectiva (punto de referencia: el hecho futuro), en lugar de –como es lo habitual– retrospectivo (punto de referencia: el hecho cometido). En segundo lugar, las penas previstas son desproporcionadamente altas: especialmente, la anticipación de la barrera de punición no es tenida en cuenta para reducir en correspondencia la pena amenazada. En tercer lugar, determinadas garantías procesales son relativizadas o, incluso, suprimidas.

De igual forma, Jakobs (2005, p. 205) resalta que, en términos del Derecho Penal del Enemigo, las personas que declaren fidelidad al ordenamiento jurídico tienen derecho a ser tratados como persona en Derecho. Sin embargo, aquellos que no lo hagan “de modo creíble” serán privados de los derechos, es decir, no serán tratados como persona en Derecho. De esta forma, se le obliga a una regresión al estado de naturaleza en el que pierde su estatus de ciudadano y de su personalidad jurídica. En consecuencia, afirma:

Hoy no debe entenderse por adversario de principio (sólo) un adversario del poder establecido, sino que debe ser entendido como adversario de la sociedad constituida en un régimen de libertades. Con toda certeza será difícil determinar quiénes son exactamente los sujetos que deben incluirse en esta categoría, pero no es imposible: quien se ha convertido a sí mismo en una parte de estructuras criminales solidificadas, diluye la esperanza de que podrá encontrarse un *modus vivendi* común a pesar de algunos hechos criminales aislados, hasta convertirla en una mera ilusión, es decir, precisamente, en una expectativa *infinitamente contrafáctica*.

En este punto, autores como Aponte (2014) sostienen que el ordenamiento jurídico colombiano puede constituir un marco jurídico suficiente para el momento de transición. Especialmente porque dentro de las disposiciones del Código Penal se incluyen categorías del Derecho Internacional propias para hacer frente al conflicto armado, como respuesta “civil” del Estado al contexto y a sus obligaciones internacionales. Así, Aponte (2014, p. 253) afirma que “la consagración constitucional hoy del derecho internacional humanitario como estatuto regulador de los estados de excepción, entre otros, es una herencia genuina de la tradición de incorporar el lenguaje de la confrontación armada al lenguaje civil del derecho”. No obstante, en el análisis del autor se omite el hecho de que el proceso de inclusión, el resultado final y la aplicación de esa traducción del Derecho Internacional al ordenamiento interno no se realiza de manera neutral, ya que las instituciones competentes para llevar a cabo cada una de esas fases responden a objetivos de un Estado que es parte en la confrontación armada.

De esta forma, estas disposiciones son parte de la respuesta institucional del Estado que, junto a la estrategia militar -propia de su defensa del monopolio de la violencia-, ha sido diseñada para enfrentar a sus contrarios en el conflicto, con elementos estructurantes de lo que se ha denominado derecho penal del enemigo, como desarrollo de la Guerra de Baja Intensidad de la Doctrina de Seguridad Nacional. Precisamente, el Código Penal ha sido el instrumento jurídico con el que se ha juzgado primordialmente a una de las partes del conflicto: la insurgencia. Lo anterior, deja en evidencia que este instrumento jurídico no es una herramienta legítima que se pueda aplicar en procesos de transición surgidos de una negociación entre dos partes que no tienen una relación de jerarquía -vencedor/vencido- una respecto a otra; pues en su origen y aplicación prioriza los intereses de una de las partes (el Estado), lo que afecta su legitimidad como fuente de derecho y marco jurídico en una transición. Ahora bien, la conclusión anterior permite avanzar hacia la evaluación de legitimidad de las fuentes del Derecho Internacional en el marco de la tensión clásica de la Justicia Transicional entre globalización y soberanía nacional.

4. TENSION ENTRE GLOBALIZACIÓN Y SOBERANÍA NACIONAL EN LA IMPLEMENTACIÓN DE LA JUSTICIA TRANSICIONAL

En el fondo de la discusión sobre la legitimidad de elementos y categorías del Derecho Internacional o del ordenamiento jurídico interno se encuentra la tensión clásica de la justicia transicional entre globalización y soberanía nacional. Esta tensión responde a lo que Teitel (2011) ha denominado como el lenguaje universalizador del derecho internacional en los objetivos de la justicia transicional. Fue a partir de la globalización que surgió la pregunta sobre los límites de los principios normativos internacionales que guiaban la toma de decisiones en la justicia transicional a nivel nacional. En otras palabras, se planteó un reto en la interacción de estándares internacionales con la justicia transicional y con la construcción y fortalecimiento de Estados de Derecho, pues en estos últimos también intervienen modelos legales y proyectos de justicia determinados por la interdependencia global.

Justamente, Saffón (2011) sostiene que las víctimas de conflictos armados se han vuelto titulares de derechos cada vez más sólidos gracias a la evolución normativa que ha tenido lugar en los últimos años. Particularmente, relaciona este cambio normativo con el desarrollo del DIH, el DPI, el DIDH y los principios del Derecho Internacional relacionados con los anteriores. De esta forma, se llega a la conclusión de que los derechos de los sobrevivientes son imperativos que condicionan las fórmulas jurídicas de la justicia transicional con las cuales hacer frente a una época de transición, así se cuente con condiciones políticas y contextuales particulares.

En este punto, se puede afirmar que el Derecho Internacional contribuye a guiar a los momentos de transición al ser una fuente alternativa de derecho, pues las normas internacionales pueden construir la percepción de continuidad y solidez de los Estados de Derecho, independientemente de las circunstancias locales que se estén viviendo en el ámbito nacional. En las palabras de Teitel:

Esto fue el indicio del derrumbe e interconexión de la esfera pública y la esfera privada, un fenómeno asociado a la globalización. Más aún (...) los actores políticos relevantes cambiaron desde aquellos con autoridad legal y política [en este caso el Estado] hacia aquellos con autoridad moral en la sociedad civil. (2011, p. 155).

Precisamente, la autora retoma la creación de la Corte Penal Internacional como desarrollo de esta aplicación, asociada al fortalecimiento de marcos normativos de guerra como el DIH y el DPI, en respuesta a la ausencia de cumplimiento en esferas nacionales. Lo anterior configura una justificación que da cuenta de la legitimidad de la aplicación del Derecho Internacional sobre el ordenamiento jurídico interno para momentos de transición, en la medida en que el primero ofrece categorías con capacidad de enfrentar elementos contextuales propios del desarrollo de un conflicto interno y puede enfrentar de mejor manera las condiciones locales (como actores de veto y obstáculos en términos de competencia material y temporal) que impiden el paso a la transición.

En este punto vale la pena aclarar que, además de las fuentes regularmente reconocidas como parte del Derecho Internacional (DIH, DIDH y DPI), el Acuerdo Final también tiene un estatus jurídico internacional que lo soporta.

Estatus jurídico del Acuerdo Final en el Derecho Internacional

A propósito de la tensión entre globalización y soberanía nacional vale la pena resaltar el estatus jurídico del Acuerdo Final en el Derecho Internacional que, unido a las demás obligaciones respecto al Derecho Internacional Humanitario y al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, se constituye en una obligación del Estado a nivel internacional. Particularmente, Colombia ha adquirido una obligación internacional con la firma del Acuerdo Final en la medida en que éste es un Acuerdo Especial, en los términos de los Convenios de Ginebra, y como consecuencia de la Declaración unilateral presentada ante

la Asamblea General de la ONU por el Presidente de la República. Lo anterior, aunado a las obligaciones internacionales que Colombia ha asumido en virtud de diferentes tratados internacionales relacionados con derechos humanos y que fueron retomados en algunas disposiciones del Acuerdo Final.

Por un lado, tanto el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra, como el artículo 6 del Convenio sobre trato a prisioneros de guerra, contemplan la posibilidad de que las partes de un conflicto de carácter no internacional puedan llegar a Acuerdos Especiales con el fin de dar cumplimiento a las disposiciones contenidas en los Convenios. De igual forma, el artículo 3 de la Convención de Viena estipula que, aunque algunos acuerdos internacionales no estén incluidos dentro del ámbito de la Convención, no pierden su valor jurídico, ni es óbice para su cumplimiento, más aún cuando en su contenido apliquen normas de la Convención. En esta línea, el Comité Internacional de la Cruz Roja – en adelante CICR- aclaró, en el último comentario al artículo 3 común (1998), que un acuerdo de Paz podría ser considerado un Acuerdo Especial por la naturaleza voluntaria de la decisión entre las partes y por contener cláusulas sobre obligaciones derivadas de los Convenios de Ginebra, del DIH, y del DIDH. Explícitamente afirma que un Acuerdo Especial tiene efectos legales internacionales, así no sean los de un tratado, por incrementar el compromiso con el Derecho Internacional Humanitario.

Es así como, el Gobierno y las FARC-EP aclararon desde el inicio que el Acuerdo Final no solamente estaría inspirado en el Derecho Internacional si no que estaría blindado por este. Para lo cual, acordaron el 7 de noviembre de 2016 acudir a la figura de “Acuerdo Especial” una vez se culminará el proceso de negociación: “El presente Acuerdo Final (...) se suscribe (...) como Acuerdo Especial en los términos del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949, para efectos de su vigencia internacional” (Acuerdo Final para la terminación, 2016, p. 4). En efecto, el Acuerdo Final fue depositado en el Consejo Federal Suizo, órgano encargado de la custodia y depósitos relativos a los Convenios de Ginebra. Este acto solemne dejó claro el carácter del documento, tanto a nivel nacional como internacional, especialmente como un acto de Estado y no solo de Gobierno, lo que trascendería el compromiso más allá de los 4 años de vigencia del periodo presidencial en curso y, además, incluiría el resto de las instituciones estatales que componen la administración nacional.

Por otro lado, se encuentra la figura de “Acto Unilateral de Estado” que ha sido considerado por la Corte Internacional de Justicia -Caso Nueva Zelanda v. Francia-, el Primer informe del relator especial sobre el tema -párrafos 80-81- y la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas -10 principios sobre efectos de Actos Unilaterales- como creadora de obligaciones internacionales del Estado ante la comunidad internacional, si ha sido realizada por una autoridad competente para ello y lo ha hecho públicamente con respeto por las disposiciones del Derecho Internacional. En este contexto, el Presidente Juan Manuel Santos presentó una Declaración Unilateral de Estado ante el Secretario General de las Naciones Unidas, en cumplimiento de lo acordado con las FARC-EP en el Acuerdo Final (páginas 277 y 278):

Atendiendo el compromiso del Gobierno nacional y de las FARC-EP que figura en el Acuerdo suscrito el 7 de noviembre de 2016, párrafo IV, incluido en el Acuerdo Final del 24 de noviembre de 2016, solicito que el Secretario General dé la bienvenida al nuevo Acuerdo y lo envíe al Consejo de Seguridad en el marco de la resolución 2261 (2016) y de la resolución 2307 (2016), aprobadas por unanimidad en dicho Consejo, para que genere un documento oficial que anexe a la resolución 2261 (2016) el texto completo del Acuerdo Final.

En consecuencia, el Consejo de Seguridad incorporó el texto íntegro del Acuerdo Final al documento oficial S/2017/272, anexo a la Resolución 226 junto a la declaración de Estado y a la comunicación del Secretario General de Naciones Unidas a la Presidencia del Consejo de Seguridad. En otras palabras, la implementación del Acuerdo Final no es, solamente, una obligación nacional, es una obligación internacional del Estado colombiano en virtud de los actos dirigidos a considerarlo como tal: a. la disposición voluntaria y clara que tuvieron las partes de configurarlo como un Acuerdo Especial y de presentarlo a la comunidad internacional en el Consejo Federal Suizo con las formalidades que se han dispuesto para ello; y b. la Declaración Unilateral del Estado por la que se introdujo el texto íntegro del Acuerdo Final a un documento

oficial del Consejo de Seguridad con el compromiso de ser implementado por toda la institucionalidad estatal (Presidencia, Congreso de la República, Rama Judicial, entre otras).

Según lo anterior, hasta el momento se ha demostrado una aparente legitimidad del Derecho Internacional por encima del ordenamiento jurídico doméstico en la medida en que el primero tiene la capacidad de ubicar normas universales que no están sometidas a coyunturas locales. Lo anterior repercute directamente en la protección de los derechos de los sobrevivientes que, además de tener asidero en las normas internacionales, constituyen la principal herramienta para superar los contextos de violencia generalizada que dan paso a escenarios de transición. Ahora bien, el origen y desarrollo del Derecho Internacional también puede ser cuestionado en términos de la supuesta neutralidad que ostenta y que se pasará a evaluar en relación con la influencia del mismo en la construcción de la guerra, lo cual afecta en parte su legitimidad para ser aplicado en el proceso de transición colombiano.

5. EL DERECHO INTERNACIONAL COMO DETERMINADOR DE LOS CONFLICTOS ARMADOS

Aunque en el texto se tome la posición de defender la legitimidad del Derecho Internacional por encima de la del derecho doméstico, no se puede omitir el análisis sobre el papel que ha jugado el primero en la construcción de la guerra en conflictos armados internos y en conflictos armados interestatales. Para este análisis se retomarán las críticas y propuestas teóricas desarrolladas por Rene Uruña (2015), quien sostiene que el Derecho Internacional determina la forma y la estructura de la guerra.

Por un lado, la visión tradicional del Derecho Internacional concibe a la guerra como un hecho extra-jurídico, que de existir lo haría al margen del derecho establecido por los Estados. En consecuencia, la guerra es entendida como un hecho de la naturaleza, al que no se le puede calificar de bueno o malo en sí mismo, sino como una circunstancia política asimilable a un desastre natural. No obstante, los defensores de esta visión argumentan que, al margen de la legalidad o ilegalidad de una guerra, los combatientes están sujetos a las normas establecidas por el Derecho Internacional Humanitario (Uruña, 2015).

En este sentido, la visión tradicional sostiene que cada parte del conflicto defenderá la licitud de haber entrado en guerra y esa justificación no puede derivar en un incumplimiento de lo establecido por el DIH. De esta forma, se realizó una separación en los parámetros con los cuales se evaluarían momentos diferentes de la Guerra: por un lado, se encuentra el *Ius ad bellum*, que regula la legalidad de recurrir a la fuerza armada, es decir, la legalidad de la guerra en su conjunto; y por el otro, se encuentra el *Ius in bello*, que regula la legalidad de las conductas al interior del conflicto armado. Así, la Carta de las Naciones Unidas prohíbe recurrir al uso de la fuerza en contra de la integridad territorial o de la independencia, pero establece dos excepciones: las acciones armadas aprobadas por el Consejo de Seguridad y las acciones armadas realizadas en legítima defensa. Lo anterior significa que la Carta configura la noción de la guerra como un evento que puede ser lícito o ilícito internacionalmente (Uruña, 2015).

En contraposición, la visión crítica del Derecho Internacional argumenta que la división entre *Ius ad bellum* y *Ius in bello* no fue establecida de manera neutral, sino que responde a un interés colonial de los países más poderosos en el momento en el que fue adoptada. Particularmente, las potencias coloniales no permitieron que las reglas *in bello* estuvieran sometidas a la legalidad del conflicto en su conjunto porque los movimientos independentistas tendrían a su favor la denuncia sobre la ocupación colonial. Lo anterior legitimaría a las colonias a exigir el cumplimiento de normas que íntegramente prohibían las guerras con fines de ocupación (Uruña, 2015).

Aunado a lo anterior, la visión crítica da cuenta de las repercusiones reales que tiene el criterio de proporcionalidad en el Derecho Internacional Humanitario. Sobre esto, Uruña afirma que

El principio de proporcionalidad sostiene que la acción armada desproporcionada será ilegal, pero también establece que una acción armada que sea proporcional es perfectamente justificada. El derecho de la guerra sirve así como plataforma para

justificar actos de intensa violencia que, sin embargo, son legales. (...) De esta manera, el argumento jurídico se convierte en una parte central de la planificación de la guerra, pues provee a los combatientes con valiosos argumentos para justificar sus acciones, invocando el poder normativo del sistema jurídico internacional para tal efecto. La opción no es, entonces, entre guerra y paz, sino entre violencia justificada y violencia no justificada. El derecho internacional juega un papel crucial justificando actos que en tiempos de paz serían injustificables. (Urueña, 2015, p. 280).

El criterio anterior se refleja en una justificación de acciones de guerra que cumplen con determinadas características, tanto en la acción como tal, como en las armas que se utilizan en la misma. De esta forma, se entienden como válidos jurídicamente aquellos actos que de manera planificada se ejecutan conforme a lo establecido por el Derecho Internacional. Esta planificación normalmente puede ser realizada por los Estados de acuerdo a su estructura institucional y armamentística que está dotada de una previa legalidad nacional, mientras que para la violencia que ejercen las insurgencias se aplica un doble racero jurídico (el nacional y el internacional) que rechaza el uso de ciertas tácticas de guerra o de armas dentro de las que están incluidas las artesanales, de uso común en estos grupos.

Teniendo en cuenta lo anterior, según Urueña (2015), las regulaciones internacionales de la guerra benefician las técnicas que usan los poderes dominantes y limita desproporcionalmente las técnicas de la guerra de guerrillas. Específicamente porque el derecho internacional determina la forma y la estructura de la guerra, en la que la misma se convierte en una institución jurídica legalizada. De esta manera, el Derecho Internacional construye la guerra en lo que prohíbe y en lo que permite. Particularmente, “el DIH limita ciertas técnicas de violencia, pero privilegia otras, otorgando a estas últimas un importante refuerzo de legitimidad” (Urueña, 2015, p. 283). En otras palabras, el derecho de la guerra se convierte en justificación de la violencia; lo que significa que de forma general el Derecho Internacional es un instrumento con el que se explica y justifica el conflicto armado y las hostilidades que ocurren en el mismo. No obstante, una vez reconocido el carácter parcializado del Derecho Internacional en la justificación de la violencia, se seguirá sosteniendo que su aplicación en momentos de transición está dotada de más legitimidad crítica que los ordenamientos jurídicos internos, si la misma está guiada por los principios de la Justicia Restaurativa que garantizan el goce de los derechos de los sobrevivientes y de la reincorporación de los excombatientes

6. JUSTICIA RESTAURATIVA EN LA CONSTRUCCIÓN DE LAS CALIFICACIONES JURÍDICAS PROPIAS

En este punto se argumentará que las falencias de legitimidad del Derecho Internacional como fuente para la calificación jurídica en la JEP se pueden solventar si los elementos que se adoptan del mismo responden a los principios de la Justicia Restaurativa. Para esto, se recordará cómo se entiende la Justicia Restaurativa, cuáles son sus principales características en un escenario de transición y cuáles serían sus aportes específicos para el caso que ocupa al presente texto. Lo anterior se realizará con el fin de comprobar que la aplicación de principios propios de la Justicia Restaurativa coincide con los objetivos de la implementación del Acuerdo Final respecto al cumplimiento de los derechos de los sobrevivientes y a la efectiva reincorporación de los excombatientes; criterios que se establecieron al inicio como ejes de evaluación de legitimidad crítica.

Así, es necesario aclarar que el término “Justicia Restaurativa” se refiere a una práctica de la justicia penal y del pensamiento criminológico en la que se pretende la resolución de conflictos a través de la participación de la persona afectada, su comunidad y el responsable que debe ser reintegrado a la misma. En este sentido, la Justicia Restaurativa actúa como una filosofía de resolución de conflictos y como un modelo de justicia que tiene implicaciones en la gobernabilidad local, nacional e internacional. Estas implicaciones incluyen derroteros tanto para tramitar los delitos menores en una sociedad y la violencia interpersonal, como para enfrentar conflictos internacionales, violencia nacional o estatal y casos de graves violaciones a los derechos humanos en escenarios de transición.

Sobre lo anterior, se pueden encontrar diferencias puntuales con la Justicia Retributiva aplicada tradicionalmente en los sistemas penales nacionales:

TABLA 1
Elementos de la justicia tradicional y de la justicia restaurativa

Justicia Tradicional	Justicia Restaurativa
Crimen definido como violación a una regla	Crimen definido por la afectación a las personas y a las relaciones
Daño definido en abstracto	Daño definido en concreto
Crimen visto como categóricamente diferente de otros daños	Crimen reconocido como relacionado a otros daños y conflictos
El Estado es visto como víctima	Las personas y las relaciones son las víctimas
Estado y ofensor son vistos como partes primarias	Víctima y ofensor son vistos como partes primarias
Necesidades y derechos de las víctimas son ignorados	Necesidades y derechos de las víctimas son centrales
Dimensiones interpersonales son irrelevantes	Dimensiones interpersonales son centrales
La naturaleza conflictiva del crimen es oscurecida	La naturaleza conflictiva del crimen es reconocida
Afectaciones del ofensor son periféricas	Afectaciones del ofensor son importantes
Ofensa definida en términos técnico-jurídicos	Ofensa entendida en un contexto amplio: moral, social, económico y político

Melo, E. R., Ednir, M. y Yazbek, V. C (2008, p. 192).

Como se puede ver en la tabla 1, el enfoque que propone la Justicia Restaurativa deja de lado al Estado como eje central en el proceso penal y ubica como prioridad a la persona que fue afectada, al responsable y a la comunidad en la que viven. Esto último se realiza con el objetivo de encontrar una solución que reconozca el daño dentro de un contexto político, social y económico específico para que, en ese sentido, se llegue a una solución que evite la repetición.

Precisamente sobre este punto Rojas (2017, p. 52) resalta la potencialidad de la Justicia Restaurativa para abordar temas relacionados con problemas estructurales sobre equidad y distribución:

Las diversas prácticas de la justicia restaurativa están orientadas a garantizar un proceso en el que las partes enfrentadas por un conflicto particular se reúnen para resolver colectivamente cómo lidiar con las consecuencias de la ofensa y sus implicaciones personales y comunitarias para el futuro (Marshall, 1999, p. 37). En este sentido, la reparación del daño -a partir de la participación, la deliberación y la comunicación para la resolución del conflicto- constituye uno de los objetivos principales del enfoque. Sin embargo, (...) además de las posibilidades para la justicia penal y los procesos formales, la justicia restaurativa apunta tanto a experiencias locales no formalizadas, como a preguntas estructurales sobre equidad y redistribución. (Dignan, 2005, p. 5)

Es así como los procesos en los que se incluyan los principios de la Justicia Restaurativa tienen la posibilidad de equilibrar, por un lado, la responsabilidad de quien cometió la ofensa y, por el otro, las necesidades que aquejan a quienes fueron afectados por el hecho, dentro de los que se encuentran también la comunidad. Para finalmente, a partir de la participación conjunta, tomar decisiones frente a los hechos ocurridos (Rojas, 2017).

De este modo, la Justicia Restaurativa se ha posicionado dentro del campo académico y el político a partir de su surgimiento en respuesta a las críticas de “los efectos nocivos del encarcelamiento y el castigo, el redescubrimiento de la víctima y la necesidad de restaurar una comunidad fracturada y el desmoronamiento de las instituciones tradicionales” (Van Camp y Wemmers, 2013, p. 123). En ese contexto, se propició la creación de nuevas formas de administrar justicia dentro de las cuales, más allá de reconocer las falencias del sistema penal tradicional, se adelantaron estrategias que coadyuvaban a la recuperación de comunidades que habían sido afectadas por determinado hecho. Este punto en particular es el que permite concebir a

la Justicia Restaurativa como una justicia adecuada para aplicarse en escenarios de transición en los cuales se ha demostrado la insuficiencia de sistemas penales tradicionales por el carácter especial de la transición, la cantidad exorbitante de hechos a juzgar, así como la cantidad desbordante de personas involucradas. Lo anterior aunado a la necesidad de crear un ambiente de posible reconciliación que garantice la no repetición y, en lo posible, la resolución de las causas que dieron origen a los escenarios de graves violaciones a los derechos humanos

Concretamente, emplear los principios de la Justicia Restaurativa en un contexto de transición supone un enfoque alternativo e integral que brinda las herramientas necesarias para analizar y juzgar, teniendo en cuenta el escenario propio del conflicto armado, las actuaciones de los actores en el marco de estrategias políticas, sociales y militares determinadas. Estas estrategias fijaron los resultados que se estudian y se analizarán en cada uno de los casos bajo competencia de la JEP, en donde, al abordarlas dentro de un proceso de justicia, se amplía la oportunidad de tomar decisiones frente a elementos que dieron origen al conflicto armado, así como a elementos que se desarrollaron a partir del mismo. Para lo anterior, es necesario considerar las siguientes condiciones (Rojas, 2017, p. 51):

1. la unificación de la prevención general y especial del crimen, como fines de la pena, a través de sanciones de los responsables que se ocupen de su socialización voluntaria y la reparación de las víctimas;
2. un proceso digno e incluyente que invite a los acusados de ambas partes a asumir su responsabilidad y, como tal, comunicar la necesidad de reforzar un Estado que garantice los derechos de víctimas y victimarios;
3. reconocer que el castigo para perpetradores de crímenes en el contexto del conflicto armado es parte de la negociación política. Esto se exige resaltando la violencia histórica que ha acompañado la aplicación del derecho penal contra los segmentos más débiles de la población.

En consecuencia, la Justicia Restaurativa, a través del método dialógico, accede a la posibilidad de cultivar cierta imparcialidad (Page, 2015) por parte de los mediadores en el proceso penal, función que en el caso de la JEP estaría siendo ejecutada por los Magistrados y Magistradas. Esta imparcialidad se da en la medida en que no prioriza los intereses de ninguna de las partes en el conflicto, ni desestima las necesidades de los sobrevivientes, a partir de la participación conjunta de todos los involucrados. Sobre este punto, se han reconocido algunos valores que permiten analizar si las medidas y estrategias aplicadas en efecto hacen parte de los procesos de Justicia Restaurativa:

- a) primacía de quienes se consideran principales implicados en el delito --esto es, víctima, delincuente y comunidades de cuidado-- mediante su inclusión en el proceso de toma de decisiones sobre cómo gestionar el conflicto y sus consecuencias;
- b) aceptación de los resultados asumidos por todos los participantes como apropiados;
- c) reconocimiento de una responsabilidad tanto individual como colectiva en el delito y en sus causas;
- d) incremento de la comprensión por parte de todos de las razones/causas del delito y el impacto que el mismo tiene en los demás;
- e) respeto de todas las partes implicadas evitando en todo caso el avergonzamiento y la estigmatización;
- f) reintegración del delincuente en su comunidad;
- g) curación de las heridas de la víctima y reparación del daño causado (Bernuz, 2014, p. 14)

Si bien no todos los criterios anteriores son susceptibles de ser ubicados en el ejercicio concreto de la construcción de la calificación jurídica, pueden considerarse como guías para determinar la elección de los elementos del Derecho Internacional para la misma. En este sentido, la Jurisdicción Especial para la paz debe tener en cuenta principalmente la representación de los intereses de los sobrevivientes respecto a lo ocurrido, evitar la estigmatización de las partes del conflicto más allá de la evaluación de lo ocurrido en un contexto

determinado, el entendimiento de las razones por las cuales se llegó a la ocurrencia del hecho estudiado y el impulso del reconocimiento de responsabilidades a través de un proceso que no ponga cargas adicionales a las establecidas desde un principio.

7. DECISIONES DE LA JEP QUE PRIORIZAN EL DERECHO INTERNACIONAL COMO FUENTE PARA DEFINIR CALIFICACIONES JURÍDICAS PROPIAS

Desde el inicio de su funcionamiento, la JEP ha adoptado decisiones en las que esgrime argumentos de fondo sobre la pertinencia del Derecho Internacional, ya sea el DIH o el DIDH, como fuente para realizar calificaciones jurídicas propias, en lugar de considerar elementos contenidos en el Código Penal Colombiano. En algunas de estas disposiciones, la Sala de Amnistía e Indulto manifiesta que el análisis de determinados hechos debe realizarse en el marco jurídico del DIH, debido a que este regula la conducta de las partes en las hostilidades y la protección de los bienes y personas que no participan en ella (Resolución del 27 de octubre de 2020). En este análisis la JEP pone de presente que las partes en contienda no tienen jerarquía una sobre la otra, sino que se trata de contendientes obligados por un mismo ordenamiento jurídico internacional y que el uso del ordenamiento jurídico interno puede configurar limitaciones que impiden el cumplimiento de la lógica del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y no Repetición –en adelante, SIVJRNR– y suponen un alejamiento del marco normativo específico que rige al conflicto armado, incluyendo la aplicación del principio de favorabilidad.

En este sentido, el Tribunal para la Paz afirma, sobre casos específicos, que no es procedente equiparar los delitos perpetrados contra las personas y bienes protegidos por el DIH –consagrados en el Código Penal– con los crímenes de guerra, pues constituiría un obstáculo que reduciría injustificadamente la capacidad de la jurisdicción de otorgar las amnistías más amplias posibles:

Ya que no necesariamente todas las conductas referidas del Código Penal superan el umbral de gravedad indispensable para excluirlas de la aplicación de mecanismos con altas dosis de indulgencia jurídica y política como la amnistía, así como tampoco el Título II agota toda la lista de posibles conductas constitutivas de crímenes de guerra. En el derecho penal internacional se establece un umbral de gravedad o seriedad de la conducta para distinguir los crímenes de guerra de las otras infracciones –de menor lesividad– al derecho de los conflictos armados. (Sentencia AM-168, 2020).

Es decir, la aplicación del Código Penal impediría el otorgamiento de la amnistía y por lo tanto no se correspondería con el marco jurídico propio de una jurisdicción especial y de transición, además de adolecer de la ponderación propia del derecho de los conflictos armados respecto a la gravedad de las conductas. De igual forma, se configuraría una desatención del principio de favorabilidad consagrado tanto en el Acuerdo Final, como en el AL 01 de 2017 y la Ley 1957 de 2019 en cuando a calificaciones jurídicas propias, y a la lógica general del SIVJRNR.

Así mismo, la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas justificó la determinación de una calificación jurídica preliminar en la que prioriza como fuente el DIDH, reemplazando la tipificación dada de acuerdo al Código Penal, en razón de la necesaria aplicación del principio de distinción y del principio de precaución establecidos en los Convenios de Ginebra. Así, establece que

El homicidio del menor (PSNR) podría ser calificado prima facie como una ejecución extrajudicial, esto es, acciones u omisiones de representantes del Estado que constituyen una violación del reconocimiento general del derecho a la vida consagrado en la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 3), en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 4) y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículos 6, 2, párrafo 2 del artículo 4, 26 y los artículos 14 y 15). (Resolución 006774 del 31 de octubre de 2019).

En este caso, la JEP descarta –preliminarmente– la calificación de homicidio en persona protegida, propia del Código Penal, y la reemplaza por la de ejecución extrajudicial en el marco del DIDH en la que el sujeto activo de la conducta solamente puede ser un agente del Estado. Así, dota de mayor especificidad y concreción

la calificación de los hechos ocurridos por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado no solamente por el sujeto pasivo del hecho, sino por el sujeto activo que reviste gran importancia en los procesos transicionales y en la consecuente determinación de responsabilidades colectivas.

De esta forma, la JEP en el ejercicio de sus funciones prioriza el Derecho Internacional como fuente para las calificaciones jurídicas propias con el fin de cumplir los objetivos y principios del SIVJRNR. Esta priorización se hace por la pertinencia y alcance de los elementos y categorías del Derecho Internacional para el fortalecimiento de la justicia transicional propia de la terminación de los conflictos entre actores armados que han firmado un acuerdo de paz. Dentro de los pilares de la justicia transicional que se fortalecen con el soporte otorgado por el Derecho Internacional se encuentran, entre otros, la concepción de las partes sin jerarquía entre ellas; la consecución de la verdad; la participación de los actores y, en el caso particular, de los sobrevivientes; la seguridad jurídica, la reparación y la garantía de no repetición.

8. CONCLUSIONES

Durante el texto se defendió la idea de que la Jurisdicción Especial para la Paz debe hacer uso, en todos los casos, de la facultad que le fue otorgada para realizar calificaciones jurídicas propias en el desarrollo de los casos que investiga, juzga y sanciona como administradora de justicia. Para que esa construcción de calificaciones propias sea legítima en un proceso de transición y respecto a los objetivos y principios que se definieron en el Acuerdo Final, se definieron los derechos de los sobrevivientes y la reincorporación de los excombatientes como criterios de legitimidad para elegir las fuentes que alimenten la construcción de calificaciones jurídicas. Así, se evaluó la pertinencia, neutralidad y legitimidad del ordenamiento doméstico y los distintos componentes del Derecho Internacional para ser aplicados en un momento de transición en el cual las calificaciones jurídicas de los hechos ocurridos durante el conflicto sean un instrumento que coadyube de manera efectiva a la construcción de paz y en la reconciliación.

En ese sentido, se descartó el Código Penal colombiano como fuente legítima por ser diseñado y aplicado como expresión jurídica de una de las partes del conflicto en el desarrollo del mismo. De igual forma, se evidenció tanto el origen como la aplicación parcializada del Derecho Internacional en los conflictos armados nacionales e internacionales. Sobre esto, se argumentó que el Derecho Internacional, lejos de evitar efectivamente la guerra, ha creado criterios que la dotan de legalidad y legitimidad respecto a cierto tipo de violencias, dentro de las que se encuentran la violencia estatal y la violencia de los Estados imperiales, como partes dominantes de los conflictos armados. Lo anterior lleva a la conclusión de que tanto el ordenamiento interno como el Derecho Internacional carecen de legitimidad suficiente para ser tenidos en cuenta en la construcción de calificaciones jurídicas propias de la JEP.

No obstante, se concluyó que el Derecho Internacional, aunque no regule de forma imparcial los conflictos armados nacionales e internacionales, es la fuente legítima para alimentar las calificaciones jurídicas de la JEP en la medida en que se apliquen criterios de la justicia restaurativa que velen por los derechos de los sobrevivientes y ofrezcan los elementos necesarios para llevar a buen término el proceso de reincorporación de los excombatientes. Sobre lo anterior, es indispensable recordar que la JEP es producto de una negociación entre partes del conflicto que no lograron vencerse una a la otra. Por lo tanto, para conservar su legitimidad, dentro de la aplicación de la justicia transicional no debe brindarse ningún tipo de ventaja respecto a alguno de los actores.

Precisamente en este punto la justicia restaurativa permite encontrar teórica y jurídicamente los criterios para que la acción penal del Estado en una transición impulse la construcción de paz y la reconciliación dentro de la que incluya a quienes hicieron parte del conflicto o se vieron afectados por el mismo. Estos criterios giran en torno a la satisfacción de los derechos de los sobrevivientes, los derechos de los responsables de los cuales se espera un reconocimiento de la responsabilidad y la reconstrucción del tejido social que permita encontrar los puntos mínimos para la reconciliación. De esta forma la justicia restaurativa ofrece una respuesta ante la

crisis de legitimidad que tiene el ordenamiento jurídico doméstico y el internacional, dentro de la cual los sobrevivientes, los responsables y la comunidad que habitan participan activamente en el proceso y protegen los derechos de los participantes, así como los intereses de la comunidad para fortalecer un tejido social que se vio gravemente afectado por el conflicto.

9. REFERENCIAS

- Aponte, A. (2014). Persecución penal nacional del Homicidio en persona protegida: alcances y límites del derecho penal en contexto de justicia transicional. En Aponte, A. (Ed.) *Derecho Penal Internacional* (Pp. 349-427).
- Bernuz Beneitez, M.J. (2014). Las posibilidades de la Justicia Restaurativa en la Justicia de Menores. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 16-14. <http://criminet.ugr.es/recpc/16/recpc16-14.pdf>
- Cancio Meliá, M. (2005). De nuevo: ¿Derecho Penal del Enemigo?. En Meliá, G.J. (Ed.), *Derecho Penal Del Enemigo*. Hamurabbi.
- Colombia, C. d. (2017). *Acto Legislativo 01*. <http://es.presidencia.gov.co/normativa/normativa/ACTO%20LEGISLATIVO%20N%C2%B0%2001%20DE%204%20DE%20ABRIL%20DE%202017.pdf>
- Colombia, C. d. (2017). *Acto Legislativo 02*. <http://es.presidencia.gov.co/normativa/normativa/ACTO%20LEGISLATIVO%20N%C2%B0%2002%20DE%2011%20DE%20MAYO%20DE%202017.pdf>
- Comité Internacional de la Cruz Roja (Noviembre de 1998). *Comentario del Protocolo del 8 de junio de 1977 adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II) y del artículo 3 de estos Convenios*. <https://www.icrc.org/es/doc/resources/documents/misc/5tdmmu.htm>
- De Zubiría, S. (2015). Dimensiones políticas y culturales en el conflicto colombiano. En: Comisión Histórica del Conflicto y sus Víctimas (Ed.) *Contribución al entendimiento del conflicto armado en Colombia*. Ediciones Desde Abajo. http://www.humanas.unal.edu.co/observapazyconflicto/files/5714/6911/9376/Version_final_informes_CHCV.pdf
- Díaz, E. (2009). Realismo Crítico y Filosofía del Derecho. *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 32, 91-118.
- Dignan, J. (2005) *Understanding Victims and Restorative Justice*. Maidenhead, England: Open University Press.
- Estrada Álvarez, J. (2015). Acumulación capitalista, dominación de clase y rebelión armada en Colombia. En: Comisión Histórica del Conflicto y sus Víctimas (Ed.) *Contribución al entendimiento del conflicto armado en Colombia*. Ediciones Desde Abajo. http://www.humanas.unal.edu.co/observapazyconflicto/files/5714/6911/9376/Version_final_informes_CHCV.pdf
- Ferrajoli, L. (2007). El Derecho Penal del Enemigo y la Disolución del Derecho Penal. *Revista IUS*, 21(19), 5-22. doi:<https://doi.org/10.35487/rius.v1i19.2007.176>
- Gargarella, R. (2008). Un papel renovado para la Corte Suprema. Democracia e interpretación judicial de la Constitución. *Gaceta Constitucional*, 590.
- Giraldo Moreno, J. S. (2015). Aportes sobre el origen del conflicto armado en Colombia, su persistencia y sus impactos. En: Comisión Histórica del Conflicto y sus Víctimas (Ed.) *Contribución al entendimiento del conflicto armado en Colombia*. Ediciones Desde Abajo. http://www.humanas.unal.edu.co/observapazyconflicto/files/5714/6911/9376/Version_final_informes_CHCV.pdf
- Habermas, J. (1981). *La reconstrucción del materialismo histórico*. Taurus.
- Jakobs, G. (2005). ¿Derecho Penal del Enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de juricidad. En Meliá, M.C., (Ed.) *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión* (Pp. 93-116). Madrid.
- Jurisdicción Especial para la Paz. *Sala de Amnistía e Indulto*. Rad. SAI-AOI-DAI-PMA-533-2020. Resolución del 27 de octubre de 2020.
- Jurisdicción Especial para la Paz. *Sala de Definición de Situaciones Jurídicas*. Resolución 006774 del 31 de octubre de 2019.

- Jurisdicción Especial para la Paz. *Tribunal para la Paz*. Sección de Apelación. Sentencia AM-168 de 18 de junio de 2020.
- Ley 1957, Diario Oficial No. 50.196 (4 de abril de 2019).
- Marshall, T. (1999) *Restorative justice. An Overview. Research Development and Statistics Directorate*. Home Office
- Melo, E.R., y Ednir, M.Y. (2008). *Justicia restaurativa e comunitária en São Caetano do Sul: aprendendo com os conflitos a respeitar direitos e promover cidadania*. Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República.
- Molano, A. (2015). Fragmentos de la Historia del Conflicto Armado (1920-2010). En: Comisión Histórica del Conflicto y sus Víctimas (Ed.) *Contribución al entendimiento del conflicto armado en Colombia*. Ediciones Desde Abajo. http://www.humanas.unal.edu.co/observapazyconflicto/files/5714/6911/9376/Version_final_informes_CHCV.pdf
- Oficina del Alto Comisionado para la Paz. (2016). *Acuerdo Final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera*. <https://www.jep.gov.co/Documents/Acuerdo%20Final/Acuerdo%20Final.pdf>
- Page, J.M. (2015). Many Men Are Good Judges in Their Own Case: Restorative Justice and the Nemo Iudex Principle in Anglo-American Law. *Raisons Politiques*, 59(3). doi:doi:10.3917/rai.059.0091
- Rojas Andrade, G. (2017). El castigo como institución social: la justicia transicional como oportunidad de reflexión crítica sobre el sistema penal. En Rojas Andrade, G. (Ed.), *Hacia una justicia transicional crítica* (Pp. 181-203). Repositorio Universidad de los Andes.
- Saffón, M. P. (2011). Enfrentando los horrores del Pasado. Estudios conceptuales y comparados sobre justicia transicional. En Minow, M.C. (Ed.), *Justicia Transicional* (Pp. 11-78). Siglo del Hombre Editores.
- Sierra Caballero, F. (2017). *La guerra de la información. Estados Unidos y el imperialismo en América Latina*. Ediciones CIESPAL.
- Teitel, R. (2011). Genealogía de la justicia transicional. En F. Reategui, *Justicia Transicional. Manual para América Latina* (Pp. 135-173). ICTJ.
- Urueña, R. (2015). Escudo y espada: Explorando el papel del derecho internacional en la construcción de la guerra. En Urueña, R. (Ed.) *Derecho Internacional. Poder y límites del derecho en la sociedad global* (Pp. 261-292). Universidad de los Andes.
- Vega, R. (2015). Injerencia de los Estados Unidos, contrainsurgencia y terrorismo de Estado en Colombia. En: Comisión Histórica del Conflicto y sus Víctimas (Ed.) *Contribución al entendimiento del conflicto armado en Colombia*. Ediciones Desde Abajo. http://www.humanas.unal.edu.co/observapazyconflicto/files/5714/6911/9376/Version_final_informes_CHCV.pdf
- Van Camp & Wemmers (2013). Victim satisfaction with restorative justice: More than simply procedural justice. *International Review of Victimology*, 19(2), 117–143.