

# CAPÍTULO 2

# RECONSTRUCCIÓN NORMATIVA EN ESCENARIOS DE JUSTICIA TRANSICIONAL

José Miguel Gamboa

Sary Chinchilla

Jaime Púa



# RECONSTRUCCIÓN NORMATIVA EN ESCENARIOS DE JUSTICIA TRANSICIONAL

José Miguel Gamboa<sup>1</sup>, Sary Chinchilla<sup>2</sup>, Jaime Púa<sup>3</sup>

## Palabras clave

Derechos Humanos,  
justicia transicional  
y comisión de  
verdad

## RESUMEN

La creación de la JEP supuso un replanteamiento del principio universal del *non bis in ídem*, al introducir la figura de la revisión frente a delitos graves ocurridos con ocasión y en el contexto del conflicto armado. Igualmente, la JEP hace parte de un esfuerzo por reconstruir normativamente un país, que ha vivido un déficit histórico en materia de justicia, ha naturalizado hasta ahora la impunidad para una parte de los autores intelectuales y nunca ha abordado el tema de la responsabilidad política en el conflicto. Este artículo realiza un análisis normativo, pero también contextual del Acuerdo Final de Paz y del Acto Legislativo 01 de 2017. El análisis normativo busca establecer de qué forma estos instrumentos garantizan la satisfacción de los derechos de las víctimas. El examen contextual describe en qué forma dicha normatividad ha sido cuestionada desde fuerzas políticas importantes y últimamente desde el alto Gobierno. Aquí se interroga si la objeción por “inconveniencia” implica un debilitamiento político de la JEP y de la Justicia Transicional en Colombia.

- 
1. Politólogo, Magíster y Doctor en Ciencias Políticas. Docente Investigador de la Corporación Universitaria Americana Email: [jgamboa@coruniamericana.edu.co](mailto:jgamboa@coruniamericana.edu.co)
  2. Administradora de Empresas, estudiante de Derecho Corporación Universitaria Americana, miembro del Semillero de Investigación “Conflicto, Paz y Sociedad” adscrito al Grupo de Investigación Law and Sciences. Email: [schinchillap@gmail.com](mailto:schinchillap@gmail.com)
  3. Administrador de Empresas, estudiante de Derecho Corporación Universitaria Americana, Colombia. Email: [jpuadelacruz@gmail.com](mailto:jpuadelacruz@gmail.com)

**Keywords:**

Human Rights,  
transitional  
justice and truth  
commission

**ABSTRACT**

The creation of the JEP represented a rethinking of the universal principle of non bis in idem by introducing the figure of review against serious crimes that occurred on the occasion of and in the context of armed conflict. On the other hand, the JEP is part of an effort to normatively reconstruct a country that has experienced a historical deficit in terms of justice, has so far naturalized impunity for some of the intellectual authors and has never addressed the issue of political responsibility in the conflict. This article makes a normative but also contextual analysis of the Final Peace Agreement and Legislative Act 01 of 2017. The normative analysis seeks to establish how these instruments guarantee the satisfaction of victims' rights. The contextual examination describes how these norms have been questioned by important political forces and, more recently, by the high government. Here we ask whether the objection of "inconvenience" implies a political weakening of the JEP and of Transitional Justice in Colombia.

## INTRODUCCIÓN

En cumplimiento del compromiso entre el Gobierno nacional y las FARC- EP se acordó crear el Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición (SIVJRNR), reconociendo a las víctimas como ciudadanos con derechos. Este sistema integral busca, por un lado, satisfacer los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia, la reparación y restauración del daño cuando sea posible.

Por otro lado, el sistema también está orientado a dar seguridad jurídica para quienes participaron en el conflicto armado y se vieron involucrados como victimarios o cómplices en violaciones de los Derechos Humanos y graves infracciones al derecho internacional humanitario, siempre y cuando los culpables se comprometan con decir la verdad y con la satisfacción de los derechos de las víctimas. Lo anterior se ha considerado como elemento esencial para finalizar el conflicto armado y hacer tránsito a la legalidad.

El equilibrio global de las fuerzas que estuvieron a favor y en contra de las negociaciones de paz, y que se reproduce frente a la JEP, ha impedido que esta aparezca como producto de una decisión contundente de la sociedad colombiana. Dicha situación, calificada de “polarización” en algunos enfoques, constituyó el factor decisivo que marca el contexto nacional de la construcción no terminada de la JEP.

En el contexto internacional, por el contrario, se ha manifestado un amplio apoyo al proceso de paz y a la Justicia Transicional en Colombia. En el lenguaje del “sistema social” (Easton) se puede decir que el sistema

político colombiano, en el cual el Estado juega un papel central, recibió un *input* (conflicto/demanda de paz), que durante la administración del presidente Santos fue procesado y arrojó un *output* (exhumo) en la forma de Acuerdo de Paz y nueva normatividad. El sistema no se mueve en una sola dirección, sino que vive en gran parte de la retroalimentación que se puede manifestar como apoyo (o negación del mismo) y nuevas demandas.

A pesar de la anormalidad, propia de un conflicto armado interno de medio siglo de duración y, no obstante, que el Estado ha sido un actor activo en el conflicto armado, se supone que el Estado debe ser garante de la estabilidad jurídica del Acuerdo de Paz, que para el caso se concreta en honrar los acuerdos, vigilar el cumplimiento de la contraparte y, en general, hacer valer la normatividad acordada con carácter transitorio.

Al disminuir el peso del conflicto armado y diluirse el consenso defensivo entre las élites afloran nuevas contradicciones que indican divergencias sobre el futuro del país, así el discurso, como lo pone de presente la controversia sobre la JEP, sea todavía articulado con los elementos propios de un conflicto armado, que ya pertenece más al pasado que al presente.

## METODOLOGÍA

El presente es un trabajo de enfoque descriptivo y de diseño cualitativo, basado en fuentes secundarias. Se utiliza el análisis normativo y jurisprudencial para el examen de la consistencia de la JEP, asimismo, se recurre

al análisis político, a fin de contextualizar la estabilidad y eficacia de la norma.

El análisis normativo se ha dividido en tres secciones: en la primera, se analiza la forma como se viene tratando el tema de reparación a las víctimas en el ordenamiento jurídico colombiano, y en particular en el Acuerdo de Paz, tomando en cuenta las características del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición; en la segunda sección, se abordan los diferentes sujetos que se pueden acoger al sistema y, en especial, a la JEP, así como las condiciones y obligaciones que se desprenden de ello; en la tercera sección, se trata el principio de la cosa juzgada en casos de violaciones graves de Derechos Humanos dado que en el Acto Legislativo 01 de 2017. Efectivamente, se plantea una excepción al principio *non bis in idem* entendida como una garantía al derecho de las víctimas.

Es oportuno aclarar que la segunda parte del texto incluye el análisis contextual. Este se limita a los “datos gruesos” que configuran la incertidumbre que rodea a la JEP y que amenazan con generar inseguridad jurídica e inestabilidad política, sin entrar a detallar las objeciones de inconveniencia presentadas por el Presidente frente al Proyecto de Ley Estatutaria de la JEP.

## VÍCTIMAS Y REPARACIÓN INTEGRAL

La Unidad para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas (Unidad de Víctimas) es la entidad responsable de la implementación de las medidas de política pública para la atención y reparación integral de las víctimas. Según cifras de esta entidad, para septiembre de 2018 se observaba un

histórico de 8 731 105 víctimas registradas, de las cuales 6 983 372 son sujeto de asistencia y reparación (Unidad de Víctimas, 2018a).

La reparación integral tiene en cuenta las dimensiones: individual, colectiva, material, moral y simbólica, asimismo, está compuesta por cinco medidas: la rehabilitación, indemnización, satisfacción, restitución (de tierras, de viviendas, fuentes de ingreso, empleo, de acceso a crédito) y las garantías de no repetición. Conlleva tanto una indemnización económica, o la restitución de bienes y tierras, como el acompañamiento del Estado para alcanzar el disfrute efectivo de derechos, entre ellos el acceso a la educación, salud, vivienda, programas de empleo y generación de ingresos. El propósito de esta serie de medidas es “devolverles su dignidad, memoria, recuperar la verdad y crear las condiciones para que hechos como los que sufrieron no vuelvan a repetirse” (Unidad de Víctimas, 2018b, párr. 2).

El Sistema Integral está compuesto por diferentes mecanismos judiciales y extrajudiciales que se pondrán en marcha de manera coordinada, con el fin de lograr la mayor satisfacción posible de los derechos de las víctimas, rendir cuentas por lo ocurrido, garantizar la seguridad jurídica de quienes participen en él, y contribuir a alcanzar la convivencia, la reconciliación, la no repetición, y la transición del conflicto armado a la paz (Gobierno de Colombia y FARC-EP, 2016).

La principal característica del sistema es su integralidad. La reparación integral se refiere a que el daño puede presentar diferentes facetas y que, por tanto, debe abordarse desde de diferentes maneras y no solamente desde el punto de vista económico. Hay daños que

pueden requerir reparaciones simbólicas, como una manifestación reconociendo los hechos y pidiendo perdón público o una placa para que se conserve la memoria de la víctima. La adaptación de medidas para lograr un máximo de justicia y rendición de cuentas sobre las violaciones a los Derechos Humanos y el derecho internacional humanitario ocurridas en el marco del conflicto son también parte de la reparación.

Adicionalmente, el acceso a cualquier tratamiento especial previsto en la Justicia Especial para la Paz debe cumplir con las obligaciones sobre verdad, reparación y no repetición que se establezcan en el SIVJRNR. Otra característica es la participación de las víctimas como una forma de satisfacción de sus derechos. Además, se trata de un sistema con independencia, así como autonomía a fin de garantizar su imparcialidad y crear una absoluta confianza en la ciudadanía.

El acuerdo también se caracteriza por contener el enfoque diferencial, lo que implica que la JEP tendrá en cuenta la forma en que el conflicto afectó de manera desigual a grupos y sujetos de especial protección, entre ellos las mujeres, los pueblos indígenas, las comunidades afrodescendientes, los campesinos, los más pobres, las personas en condición de discapacidad, las personas desplazadas y refugiadas, la población LGBTI y los adultos mayores.

## **ACTORES EN LA JUSTICIA ESPECIAL PARA LA PAZ**

La jurisdicción especial para la paz conocerá de los hechos cometidos por miembros de la fuerza pública, miembros de las FARC, agentes del estado que no hayan sido

miembros de la fuerza pública, los terceros civiles que se acerquen voluntariamente a la JEP. Se aplicará a todos los que participaron de manera directa o indirecta en el conflicto armado. Se aplicará a los investigados o condenados por el delito de rebelión u otros relacionados con el conflicto, aunque no pertenezcan a las organizaciones armadas en rebelión (Gobierno de Colombia y FARC-EP, 2016, art. 32). Son delitos cometidos por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado, aquellas conductas punibles donde la existencia del conflicto armado haya sido la causa de su comisión, o haya jugado un papel sustancial en la capacidad del perpetrador para cometer la conducta punible, en su decisión de cometerla, en la manera en que fue cometida o en el objetivo para el cual se cometió (Semana, 2018).

En lo relacionado con los combatientes de los grupos armados al margen de la ley, el componente de justicia del Sistema solo se aplicará a quienes suscriban un acuerdo final de paz con el Gobierno nacional. Su participación está condicionada a la dejación de armas ocurrida desde la entrada en vigor del Acuerdo Final hasta la finalización del proceso de dejación de estas.

Para acceder al tratamiento especial previsto en el componente de Justicia del SIVJRNR es necesario aportar verdad plena, reparar a las víctimas y garantizar la no repetición. Aportar verdad plena significa relatar, cuando se disponga de los elementos para ello, de manera exhaustiva y detallada las conductas cometidas y las circunstancias de su comisión, así como las informaciones necesarias y suficientes para atribuir responsabilidades,

para así garantizar la satisfacción de los derechos de las víctimas a la reparación y a la no repetición. El deber de aportar verdad no implica la obligación de aceptar responsabilidades (Gobierno de Colombia y FARC-EP, 2016, art. 13).

Así mismo, serán llamados a comparecer ante la Jurisdicción Especial para la Paz, por parte de la Sección de Revisión del Tribunal, aquellas personas que hubieran tenido una participación determinante en una de las conductas de que trata el numeral 40, como lo son los delitos de lesa humanidad, el genocidio, los graves crímenes de guerra, esto es, toda infracción del Derecho Internacional Humanitario cometida de forma sistemática, la toma de rehenes u otra privación grave de la libertad, la tortura, las ejecuciones extrajudiciales, la desaparición forzada, el acceso carnal violento y otras formas de violencia sexual, la sustracción de menores, el desplazamiento forzado, además del reclutamiento de menores, todo ello conforme a lo establecido en el Estatuto de Roma, y no hubieren comparecido previamente ante la Sala de Verdad y Reconocimiento.

En relación con los miembros de la fuerza pública, las normas serán aplicables únicamente a quienes hubieran realizado conductas punibles por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado, y el tratamiento será simétrico en algunos aspectos, diferenciado en otros, pero siempre equitativo, equilibrado y simultáneo (Acto Legislativo 01, 2017). Este sistema integral se aplicará a los agentes del Estado, teniendo en cuenta su condición formal de garantes del orden constitucional y la

presunción de que ejercen de manera legítima el monopolio de las armas.

Se entiende por agente del Estado, a efectos de la Jurisdicción Especial para la Paz, toda persona que, al momento de la comisión de la presunta conducta criminal, estuviere ejerciendo como miembro de las corporaciones públicas, como empleado o trabajador del Estado o de sus entidades descentralizadas, territorialmente y por servicios, que haya participado en el diseño o ejecución de conductas delictivas cometidas por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado.

Para que tales conductas puedan ser consideradas como susceptibles de conocimiento por parte de la Jurisdicción Especial para la Paz, estas debieron realizarse mediante acciones u omisiones cometidas en el marco y con ocasión del conflicto armado interno y sin ánimo de enriquecimiento personal indebido o, en caso de que existiera, sin ser este el determinante de la conducta delictiva (Acto legislativo 01, 2017, art. 19).

Respecto a los agentes del Estado, se establece un tratamiento especial, simultáneo, equilibrado y equitativo basado en el Derecho Internacional Humanitario. Dicho tratamiento diferenciado valorará lo establecido en las reglas operacionales de la fuerza pública en relación con el DIH.

En ningún caso la responsabilidad del mando podrá fundarse exclusivamente en el rango, la jerarquía o el ámbito de jurisdicción. La responsabilidad de los miembros de la fuerza pública por los actos de sus subordinados deberá fundarse en el control efectivo de la respectiva conducta, en el conocimiento

basado en la información a su disposición antes, durante y después de la realización de la respectiva conducta, así como en los medios a su alcance para prevenir, y de haber ocurrido, promover las investigaciones procedentes. (Acto Legislativo 01, 2017, art. 24)

El tratamiento de justicia para los integrantes de las FARC-EP, para los agentes del Estado y para otros actores que hayan participado en el conflicto, ya sea como combatientes o como no combatientes, cuando hayan cometido delitos, puede ser diferente pero equilibrado y equitativo.

De igual manera, el sistema integral se aplicará de igual forma a terceros civiles que habiendo participado de manera indirecta en el conflicto armado puedan haber tenido alguna responsabilidad. Las personas que sin formar parte de los grupos armados ilegales hayan tenido una relación no coaccionada de financiación o colaboración con estos grupos y en desarrollo de tal vínculo hayan cometido delitos en el contexto, y en razón del conflicto armado, podrán ser llamadas a comparecer ante la jurisdicción especial para la paz.

Las personas que, sin formar parte de las organizaciones o grupos armados, hubieren contribuido de manera directa o indirecta a la comisión de delitos en el marco del conflicto, podrán acogerse a la JEP y recibir el tratamiento especial que las normas determinen, siempre que cumplan con las condiciones establecidas de contribución a la verdad, reparación y no repetición.

Lo anterior, sin perjuicio de las competencias de la Sala de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad y de la Sección de Revisión del Tribunal para la Paz, respecto

de la comparecencia de aquellos terceros que hubieran tenido una participación activa o determinante en la comisión de los siguientes delitos: el genocidio, delitos de lesa humanidad, los graves crímenes de guerra, esto es, toda infracción del Derecho Internacional Humanitario cometida de forma sistemática. Se entiende por participación determinante para estos efectos aquella acción eficaz y decisiva en la realización de los delitos enunciados. En el ejercicio de esas competencias, las mencionadas Sala y Sección no podrán fundamentar su solicitud y decisión exclusivamente en los informes recibidos por la JEP, sino que deberán ser corroborados a través de otros medios de pruebas (Acto Legislativo 01, 2017).

El Acto Legislativo 1 de 2017, en su artículo transitorio 15 establece diferentes plazos que se cuentan a partir de la constitución del total de las salas y secciones de la JEP: Dos años para recibir informes de la Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y Determinación de los Hechos y las conductas, el cual se puede prorrogar hasta completar un periodo máximo de tres años. Diez años para la conclusión de las funciones de la Justicia Especial para la Paz, plazo este que puede prorrogarse por cinco años más o por un tiempo superior por medio de la Ley; con el propósito de culminar la actividad jurisdiccional de la JEP.

## **DE LA COSA JUZGADA EN CASOS DE GRAVES VIOLACIONES DE DERECHOS HUMANOS FRENTE A LA JUSTICIA TRANSICIONAL**

En los países democráticos, la seguridad jurídica está basada en la cosa juzgada. Este

principio universal del derecho, también conocido como *non bis in ídem* consiste en que nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito, ya sea que en el juicio se le absuelva o se le condene. En este sentido la docente española María Sonia Calaza López manifiesta la conveniencia de la inalterabilidad, inmutabilidad e invariabilidad de las resoluciones judiciales firmes y la obligatoria vinculación de su contenido dispositivo por quienes hayan sido parte del proceso (Calaza, 2009).

La sentencia judicial en firme, tiene como efecto que no sea posible iniciar un nuevo proceso que tenga referencia al mismo objeto. Esto no quiere decir que cuando en proceso judicial donde se han agotado todos los recursos y queda en firme la sentencia, no podrá ser modificada. Como lo menciona la Corte Constitucional colombiana: “La cosa juzgada tiene como función negativa, prohibir a los funcionarios judiciales conocer, tramitar y fallar sobre lo resuelto, y como función positiva, dotar de seguridad a las relaciones jurídicas y al ordenamiento jurídico” (Constitucional, SC-774.01).

Contar con la posibilidad permanente de controvertir judicialmente, sin límite de caducidad, todas las providencias adversas a nuestros intereses, somete a la justicia a escenarios de carencia de eficacia y cuestionamientos de utilidad, toda vez que sus decisiones estarían permanentemente en interinidad.

Esto, sin lugar a dudas, desencadenaría en la falta de respuestas jurídicas a las necesidades de justicia que los ciudadanos reclaman, lo que repercute en la paz social, bienestar de las comunidades necesarios al

movilizarnos hacia mecanismos de solución de conflictos del pasado. De este tamaño es la trascendencia de la cosa juzgada, en nuestro ordenamiento jurídico, y la presunción de utilidad y eficacia que su papel juega en nuestra sociedad. El poder judicial del que hacen parte jueces y magistrados y su responsabilidad de administración de justicia, reconocido constitucionalmente, carecerían de exclusividad y potestad; en tanto sus providencias no serían definitorias.

Cabe mencionar la importancia que tiene la cosa juzgada en el ordenamiento jurídico del país, es así como nuestro Código de procedimiento penal en su artículo 21 dice:

Cosa juzgada. La persona cuya situación jurídica haya sido definida por sentencia ejecutoriada o providencia que tenga la misma fuerza vinculante, no será sometida a nueva investigación o juzgamiento por los mismos hechos, salvo que la decisión haya sido obtenida mediante fraude o violencia, o en casos de violaciones a los Derechos Humanos o infracciones graves al Derecho Internacional Humanitario, que se establezcan mediante decisión de una instancia internacional de supervisión y control de Derechos Humanos, respecto de la cual el Estado colombiano ha aceptado formalmente la competencia. (Ley 906, 2004)

Siguiendo con los lineamientos del sistema Interamericano de Derechos Humanos y con la aceptación de que en el país existe un conflicto armado —y, por lo tanto, se ha incurrido en delitos que violan los Derechos Humanos—, se ha introducido una serie de normas y leyes para salvaguardar los derechos

de las víctimas. Es ahí donde, con nuevas leyes, se ha podido superar el obstáculo de la caducidad del proceso. En los casos de crímenes de lesa humanidad, por ejemplo, dejó de operar la prescripción por tiempo. También se dictaron leyes que reabren los procesos cuando estos están vinculados al conflicto armado.

Como ejemplo de lo ya mencionado, se puede traer a colación la Ley 1448 del 2011 (Ley de Víctima y Restitución de Tierras): esta tiene como objeto establecer un conjunto de medidas judiciales, administrativas, sociales y económicas en beneficio de las víctimas con el fin de hacer efectivos sus derechos a la verdad, a la justicia, a la reparación y en especial a la restitución de los predios de los que fueron despojados o abandonados.

Los poderes del juez de restitución no tienen antecedentes en la tradición jurídica del país, pues adquiere facultad de acumular en un mismo trámite actuaciones judiciales y administrativas, anular fallos anteriores y actos administrativos, resolver situaciones de posesión y en general solucionar cualquier tipo de disputa con relación a los predios bajo la perspectiva de la prevalencia de la verdad material (Cárdenas, 2016).

Particularmente, cuando hablamos de revisión de sentencias o providencias, el cuidado está dedicado a la estabilidad y preservación del *non bis in ídem*, para los delitos en general, pero en los casos de crímenes contra los Derechos Humanos y el derecho internacional humanitario, como los son en su mayoría los cometidos durante el conflicto que vivimos desde hace más de 60 años, la misma Corte Constitucional ha declarado inexecutable la expresión “absolutorio” del numeral 4°

del artículo 192 de la Ley 906 de 2004, que hace referencia a la procedencia de revisión de sentencias ejecutoriadas en caso de fallos favorables.

La diferencia fundamental de esta acción, con relación a las otras formas de impugnación de resoluciones judiciales previstas en el Código Procesal Penal, reside en la particular finalidad que persigue. Esta consiste en hacer primar la justicia en detrimento de la seguridad jurídica, lo que en nuestro sistema procesal se garantiza a través de la posibilidad prevista por ley de anular la sentencia condenatoria firme, en ciertos casos que exhiben claramente la injusticia de la decisión (Corte Constitucional, Sentencia C-979/05).

Con la ley de Víctimas y de Restitución de Tierras se busca la defensa y la garantía de los Derechos Humanos de acuerdo con los estándares internacionales del sistema interamericano de los Derechos Humanos. Además, se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto interno, esperando con ello implementar la justicia restaurativa, como es la reparación integral a aquellos que han sido despojados de sus tierras o han sido obligados a abandonarlas.

El propósito de la acción de revisión, como insistentemente lo ha dicho la jurisprudencia de la Sala Penal, es:

Remover la intangibilidad de la cosa juzgada cuando se establece que una decisión con esa connotación comporta un contenido de injusticia material, por cuanto la verdad procesal allí declarada se opone a la verdad histórica de lo

acontecido. (Corte Suprema de Justicia, SP2395201-47143, 2017)

Continuando con el debate de la cosa juzgada y su papel en ordenamiento jurídico del país, nos encontramos con las nuevas normas que empezaron a regir después de los acuerdos de la Habana con la FARC, y que fue incluido en la Constitución Política Colombiana en el acto legislativo 01 de 2017, en los artículos transitorios 5, donde se crea La Justicia Espacial para la Paz (JEP). Su artículo transitorio 10 que nos dice:

Revisión de sentencias y providencias. A petición del condenado la JEP podrá revisar las decisiones sancionatorias de la Procuraduría General de la Nación o de la Contraloría General de la República y las sentencias proferidas por otra jurisdicción por variación de la calificación jurídica conforme al artículo transitorio 5° y al inciso primero del artículo transitorio 22; por aparición de nuevos hechos que no pudieron ser tenidos en cuenta con anterioridad; o cuando surjan pruebas no conocidas o sobrevinientes no conocidas al tiempo de la condena, todo lo anterior por conductas cometidas por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto, o con la protesta social, siempre que se cumplan las condiciones del Sistema. (Acto legislativo 01, 2017)

Por lo tanto, este nuevo mecanismo procesal, pone en consideración nuevamente la cosa juzgada, ya que la sala de revisión de sentencias de JEP, a petición de la parte, puede reabrir aquellos procesos que estén directamente relacionados con el conflicto y en los cuales se han dictado sentencias para

que, nuevamente, se tenga en cuenta hechos y pruebas que alguna de las partes consideró que no fueron valorados en el primer proceso.

Sin estos mecanismos de revisión de sentencias sería imposible contar con herramientas que faciliten los procesos de diálogo, a fin de cerrar conflictos de manera negociada. Son estas facultades las que, precisamente, dan lugar a escenarios de justicia transicional, tal como lo formuló en primer término Kritz (1995), lo perfeccionó y le dio amplia divulgación Teitel (2000) y lo acogió Naciones Unidas en el año 2004.

Toda la variedad de procesos y mecanismos asociados con los intentos de una sociedad por resolver los problemas derivados de un pasado de abusos a gran escala, a fin de que los responsables rindan cuentas de sus actos, servir a la justicia y lograr la reconciliación. (Naciones Unidas, Resolución 2004/616)

Según esta nueva orientación y el Acto Legislativo 01, 2017, art. 5, la JEP, al adoptar sus resoluciones o sentencias, tendrá que hacer una calificación jurídica de las conductas que examina, 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). Sin embargo, el mismo Acto Legislativo 01 de 2017 colocó límites a la revisión de las sentencias. Podrá solicitar revisión únicamente quien haya sido condenado por hechos directamente relacionados con el conflicto armado, siendo tribunal de justicia de JEP el competente para estas revisiones.

## VICISITUDES DEL PROCESO Y DE LA NORMA

La nueva normatividad, en su conjunto, ha sido sometida a fuertes cuestionamientos desde la esfera política y, últimamente, desde el alto Gobierno. Desde la Presidencia de la República se han hecho seis objeciones al Proyecto de Ley Estatutaria que reglamenta el funcionamiento de la JEP, a pesar de que había sido aprobado por la Corte Constitucional.

Las objeciones son de conveniencia según el Presidente, pero al mismo tiempo anunció formalmente su intención de modificar el Acuerdo de Paz mediante una reforma constitucional. Según Uprimny al menos cinco de las seis objeciones son inviables, ya sea por ir contra la sentencia de la Corte o por intentar reformar la Constitución vía ley estatutaria (Uprimny, 2019a).

La negociación misma —y el trámite de lo acordado— ha llevado a que el funcionamiento del sistema político se haya complicado (recargado) en varios momentos: la falta de respaldo popular en la consulta de octubre de 2016; la subsiguiente “renegociación” con los adversarios del acuerdo; el debate y revisión durante el *fast track*. El resultado de las elecciones parlamentarias de 2018, aunque en teoría eligió mayoritariamente a partidarios del Acuerdo de Paz, no arrojó una clara hegemonía ni definió de manera contundente una posición sobre la paz.

Esto sucedió, entre otras cosas, porque parlamentarios y grupos que habían apoyado el Acuerdo de Paz se inclinaron a apoyar al candidato presidencial Iván Duque, quien

tenía una posición contraria. Ya con el nuevo Gobierno, se han dado pasos para cambiar la normatividad que rodea al Acuerdo de Paz, pero tampoco es claro que pueda conformar una mayoría parlamentaria decisoria.

Hasta comienzos del Gobierno del presidente Iván Duque, la Justicia Transicional en Colombia había recibido un precario apoyo popular, y su trámite parlamentario se había apoyado en mayorías endebles alrededor de aspectos puntuales. La oposición al Acuerdo de Paz es ahora gobierno y, formalmente, debía ejecutar medidas (como facilitar el funcionamiento de la JEP), que son contrarias a lo que fue su programa electoral. Sin embargo, la paz, así sea precaria, está haciendo parte de los cálculos políticos y los proyectos de diversos actores sociales.

Es evidente que a pesar de la persistencia de actores armados ilegales y del asesinato de líderes sociales, el nivel del conflicto armado bajó sensiblemente con el fin de las actividades bélicas de las FARC. A la JEP se están acogiendo no solo los guerrilleros desarmados, sino también militares y paramilitares ya condenados o en proceso de investigación. El movimiento indígena del Cauca ha impulsado desde marzo de 2019 una movilización de largo alcance donde las reivindicaciones tradicionales se combinaban con la defensa de los Acuerdos de Paz y apoyo a la JEP.

Esta politización del pliego de peticiones se explica por el costo que significó en esos territorios el desarrollo del conflicto armado. El cansancio de gran parte de la población colombiana con la guerra se hizo presente con motivo del tensionamiento coordinado con Trump de las relaciones con Venezuela,

al cual el Gobierno rápidamente le bajó el dramatismo inicial.

El desarme de las FARC y las instituciones aprobadas en el Congreso, como la JEP o la Comisión de la Verdad, son ya una realidad (aunque falten algunos trámites) ante la cual —por el lado de sus críticos— se han presentado dos actitudes que pueden ser complementarias o contradictorias:

- El ejecutivo plantea objeciones de inconveniencia respecto al funcionamiento de la JEP y, además, se compromete a impulsar en el Congreso una reforma del Acuerdo de Paz. El Fiscal General de la Nación se mueve públicamente en la misma dirección.
- El jefe de la bancada de Gobierno en el Congreso ha expresado la propuesta de eliminación de la JEP.

La incertidumbre sobre el futuro de la JEP tiene consecuencias en diferentes niveles, le quita credibilidad a la paz, mina la confianza en los acuerdos políticos y abre la posibilidad de contradicciones abiertas entre instituciones, como podría ser el caso de una Fiscalía, apoyada por el Ejecutivo, rivalizando con la JEP (Uprimny, 2019b).

## **PROBABILIDAD DE UN PLURALISMO JURÍDICO ESTATAL**

Por el momento, las contradicciones alrededor de la paz, entre las élites que ejercen el poder político a nivel central y regional, se han reflejado en las instituciones estatales colocando a la Presidencia y la Fiscalía en un mismo plano de confrontación con la JEP. La Fiscalía puede mantener una tensión con la JEP en la medida en que son operadores de

justicia, mientras que un tensionamiento por el lado del Ejecutivo se revela como intromisión.

El activismo del Fiscal General al proponer al presidente objetar la Ley Estatutaria de la JEP puede transformarse de divergencia ideológica en pluralismo jurídico estatal (PJE). Ya se había conocido esto en las relaciones entre la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado. Fue a raíz de esta experiencia que López Cuellar aportó la siguiente precisión:

Para que exista PJE, dos o más instituciones deben reclamar el derecho a tener la última palabra sobre el mismo asunto. Este deseo simultáneo de retener la autoridad genera una tensión. De acuerdo con esto, si hay dos o más autoridades públicas que tienen diferentes perspectivas ideológicas, pero nunca han estado en tensión debido a que ningún caso los ha llevado a esto, no habrá PJE sino una diferencia ideológica abstracta en el interior de un Estado unitario. (López Cuellar, 2014, 74)

Teniendo en cuenta que la JEP apenas comienza su labor se puede temer que sus decisiones den pie a controversias llevaderas, pero puede pensarse en la configuración de una fase problemática de PJE. Todo parece indicar que instituciones como la Comisión de la Verdad pueden quedar rodeadas de circunstancias similares.

## **LA JEP Y LA RECONSTRUCCIÓN NORMATIVA DE LA SOCIEDAD**

La Justicia Transicional en Colombia se puede entender como una irrupción o interferencia de la realidad social en la esfera formal de la tradición jurídica. Muchos

factores han llevado a que se acumule un déficit histórico en la garantía de justicia o que esta se convirtiera en un juego de reglas que solo tenían una validez condicionada a la posición o prestigio social.

El conflicto armado que parecía interminable hizo esta situación más insoportable, y en comparación con los problemas, los operadores de justicia cubrían una cantidad relativamente menor de casos. Para una parte de la sociedad obtener un fallo judicial por una queja se volvió una quimera, mientras que la violencia armada creaba sus propias territorialidades al margen de la institucionalidad y sobre todo de la ética. En cierta medida, el derecho había dejado de existir, y el poder central era perforado por intereses de enemigos y amigos del establecimiento. Sin embargo, en la polémica contra la JEP aparece la nostalgia de una justicia formal de larga tradición y de una moral pública que se supone que estaba vigorosa cuando en realidad estaba colapsada.

La JEP, es entonces, un intento complementario pero decisivo para la reconstrucción ética de la sociedad. Complementario, en el sentido que puede devolverle vigor a las normas vigentes formalmente, que habían sido elaboradas bajo el supuesto de un país “normal”. La justicia transicional no es un desarrollo lógico de las formas anteriores y mucho menos en el enfoque de la relación victimario-víctima que en la justicia tradicional se había construido al margen de la realidad del conflicto armado. Al pensar en la víctima, en toda la extensión del concepto, la justicia transicional en Colombia se compromete con el derecho a la paz como

un paso fundamental y condición necesaria para hacer efectiva la justicia.

El componente social de instituciones como la JEP no debe entenderse como el cumplimiento de políticas públicas para superar déficits sociales y desigualdades. Dentro del sistema transicional colombiano hay otras instituciones encargadas de esas tareas. La JEP va a un núcleo duro del problema centrado en el victimario, pero introduce el concepto de reconocimiento del otro. La determinación de la sinrazón del victimario, por parte del juez, y del victimario mismo, se complementa con la razón de la víctima y abre paso no solo a una reducción de la pena, sino, ante todo, a una nueva intersubjetividad que involucra a toda la sociedad y exige un nivel ético superior. El ejercicio del reconocimiento mutuo y las instituciones que lo facilitan han sido objeto de diversas valoraciones positivas incluso como condición para poder hablar de una verdadera libertad individual (Honnet, 2017).

## **LA JEP COMO PLANIFICACIÓN SOCIAL**

Shapiro considera que el Derecho es planificación social y, a su vez, concibe esta como una necesidad imprescindible del ser humano, incluso, más urgente en condiciones de la complejidad que trae consigo la modernidad. En este sentido, el fundamento del derecho no sería la moralidad sino una entidad metafísica, la necesidad de planificación. Esta afirmación va ligada a otra: todo ordenamiento jurídico necesita un norte moral. Pero Shapiro extiende esta característica: todo orden jurídico, incluso el que puede emanar de una dictadura sin apoyo popular. Aproximándonos al caso colombiano hemos afirmado que la realidad social se

escapaba de las formalidades y objetivos del sistema judicial.

Ante ese “desorden” agudizado por el conflicto armado, dijimos que se hacía necesario fijar horizontes sociales éticos basados en el reconocimiento del otro. Hemos calificado ese horizonte como reconstrucción normativa de la sociedad. En estas circunstancias podemos entender el sistema de justicia transicional en Colombia, del cual la JEP es un pilar fundamental, como un caso de planificación social con un objetivo moral, que es garantizar la paz y la vigencia material de los derechos de todos los sectores sociales.

## CONCLUSIONES

El ordenamiento jurídico colombiano se ha ido adaptando a las nuevas herramientas y jurisprudencia que le ha brindado el sistema interamericano de Derechos Humanos, y ha formulado leyes acorde con estos lineamientos, cuando se trata de graves violaciones a los Derechos Humanos y con ocasión del conflicto armado interno, dándole la potestad a los jueces para saltar el impedimento de la cosa juzgada, permitiendo reabrir casos en los cuales existían sentencias en firme, sobre predios despojados con violencia por los actores del conflicto.

Con estas nuevas leyes se ha revivido el debate sobre cómo una normatividad que está por fuera del ordenamiento jurídico de un país puede influenciar en este, para que sus leyes cambien y se adapten a las nuevas doctrinas de estas entidades. Esto ha llevado a que se debata sobre la seguridad jurídica en lo referente a la cosa juzgada. Existen organismos internacionales que pueden

reabrir procesos y formular nuevas sentencias que tienen que acatar los países, que con el bloque de constitucionalidad (que incorpora convenios internacionales), están vinculados con estas entidades.

Esto nos lleva a considerar que con estas nuevas leyes, el ordenamiento jurídico del país sufre una gran variación sobre el tratamiento que los jueces, tanto de la justicia ordinaria como los de la JEP, deben dar a la cosa juzgada. En aplicación de las leyes emitidas con relación al conflicto interno que vive el país y con relación a la violación de los Derechos Humanos y con los delitos de lesa humanidad al refundar el concepto, el principio universal de *non bis in ídem* de acuerdo al delito cometido, se podrá juzgar a una persona dos veces por el mismo delito en casos específicos.

Pero si lo anterior es un terreno controversial, con mayor razón lo es el objetivo de paz y reconciliación que persigue la justicia transicional en Colombia. Hay, sin embargo, una facticidad naciente que ya es producto de la parcela de paz que se ha logrado cultivar con los instrumentos de la justicia transicional. Mirado el asunto desde otro ángulo, se puede pensar que la planificación social implícita en el proceso de paz y sus instituciones resiste con ventaja toda comparación con el plan de conservar el pasado.

Si bien, nadie piensa que el camino de la reconstrucción normativa es fácil, también es temerario vaticinar el hundimiento de los objetivos morales por el hecho de que tenga adversarios muy fuertes. Al examinar la nueva normatividad se encuentra que es coherente, acata los principios generales del Acuerdo de Roma y ha recibido el visto bueno de la Corte

Constitucional, de las Naciones Unidas y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como de otros miembros de la comunidad internacional.

## REFERENCIAS

- Calaza, M. (2009). *La Cosa Juzgada*. Madrid: La Ley.
- Cárdenas, J. (2016). La Cosa Juzgada Internacional frente a los Paradigmas de la Reparación. *Pensamiento Jurídico*, (46) 103-151.
- Congreso de la República de Colombia (2004). “Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal”. [Ley 906 de 2004]. DO: 45.658.
- Congreso de la República de Colombia (2017). “Por medio del cual se crea un título de disposiciones transitorias de la constitución para la terminación del conflicto armado y la construcción de una paz estable y duradera y se dictan otras disposiciones”. [Acto Legislativo 01 de 2017].
- Corte Constitucional. (25 de julio de 2001) Sentencia SC-774.01. [MP. Rodrigo Escobar Gil]
- Corte Constitucional. (26 de septiembre de 2005) Sentencia SC-979. [MP. Jaime Córdoba Triviño].
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (22 de febrero de 2017). SP23952017-47143. [MP. Luis Antonio Hernández Barbosa].
- Gobierno de Colombia y FARC-EP (24 de noviembre de 2016). Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera. <http://www.altocomisionadoparalapaz.gov.co/procesosconversaciones/Documentos%20compartidos/24-11-2016NuevoAcuerdoFinal.pdf>
- Easton, D. (1999). *Categorías para el análisis sistémico de la política* (8. ed.). Buenos Aires: Amorrortu editores. Original: D. Easton (1965). *Some Fundamental Categories of Analysis*. In: *A Framework for Political Analysis*. Chicago: University of Chicago Press, 17-33.
- Honneth, Axel (2017): *El derecho de la libertad. Esbozo de una eticidad democrática*. Madrid, Katz editors. Traducción de Graciela Calderón. Original en alemán (2011).
- Kritz, N. (1995). *The Transitional Justice. How Emerging Democracies Reckon with Former Regimes*. Washington: United States Institute of Peace Press.
- López Cuellar, N. (2015), *Pluralismo Jurídico Estatal: entre el conflicto y el diálogo. Enseñanzas de un caso colombiano*. Bogotá, Editorial Universidad del Rosario.
- Naciones Unidas (2004). *El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos*. S/2004/616. <https://undocs.org/es/S/2004/616>
- Semana. (19 de septiembre de 2018). Acuerdo sobre la Jurisdicción Especial para la Paz y las víctimas. Semana. <http://especiales.semana.com/nuevo-acuerdo-para-la-paz/jurisdicion.html>
- Teitel, R. (2002). *Transitional Justice*. Oxford: Oxford University Press. Unidad de Víctimas (20 de septiembre de 2018). Así ha avanzado la reparación a las víctimas. <http://www.unidadvictimas.gov.co/>
- Unidad de Víctimas. (2018a). <http://www.unidadvictimas.gov.co/>
- Unidad de Víctimas. (2018b). Ruta Integral Individual. Unidad para la atención y reparación integral a las víctimas. <https://www.unidadvictimas.gov.co/fr/node/11416>
- Uprimny, R. (2019a): *Objeciones inconstitucionales y divisivas*. Dejusticia, marzo 18 de 2019. <https://www.dejusticia.org>

org/column/objeciones-inconstitucionales-y-divisivas/

Uprimny, R. (2019b): Objeciones a las objeciones del Fiscal. La Silla Vacía, febrero 19 de 2019. <https://lasillavacia.com/blogs/mi-plebi-sitio/objeciones-las-objeciones-del-fiscal-la-jep-70124>