

El concepto de justicia transicional a nivel internacional y sus diferencias y semejanzas con otros modelos de justicia

The Concept of Transitional Justice at the International Level and their Differences and Similarities with the other Models of Justice

Ronald Edgardo Cuenca Tovar
ronald.cuenca@cecar.edu.co

Cómo referenciar este artículo: Cuenca, R. (2015). El concepto de justicia transicional a nivel internacional y sus diferencias y semejanzas con otros modelos de justicia. *Verbum*, 10(10), 49-62.

Resumen

El objetivo de este trabajo es establecer las diferencias y complementariedades entre la justicia retributiva, la justicia restaurativa y la justicia de transición; una vez hecho esto se procederá a proponer un modelo propio de justicia transicional aplicable al problema colombiano, basado en experiencias internacionales, con el fin de lograr un modelo de paz duradera para Colombia.

Palabras clave: Justicia Retributiva, Justicia Restaurativa, Justicia Transicional, Derecho Penal, Solidaridad, equidad, reparación y paz.

Abstract

The aim of this paper is to establish the differences and complementarities between retributive justice, restorative justice and transitional justice, once this is done proceed to propose a model of transitional justice itself to the Colombian problem based on international experiences, in order to achieve a model of lasting peace for Colombia.

Keywords: Retributive justice, Restorative justice, Transitional justice, Criminal Law, Solidarity, Equality, Reparation and peace.

Introducción

A lo largo de la historia colombiana, en especial en los últimos tiempos, el país ha sufrido una guerra de grupos alzados en armas en contra de las instituciones gubernamentales, produciendo unos efectos completamente negativos, generando una situación de desatención jurídica y desprotección hacia las víctimas del conflicto. Por esta circunstancia y ante la firma de diferentes acuerdos de paz con estas organizaciones se impone la proyección del Estado colombiano como a los grupos desmovilizados para construir mecanismos jurídicos para asegurar la no impunidad y el respeto de las víctimas del conflicto.

La desmovilización de los combatientes al margen de la ley plantea un problema fundamental: la reintegración de los excombatientes a la sociedad, la cual les exigirá cuentas sobre sus acciones ilegales como las violaciones a los derechos humanos y al Derecho Internacional Humanitario. Esto plantea cuestiones en relación con la clase de tratamiento judicial que empezaría a cobijar a estos actores excombatientes a partir de las confesiones relacionadas con los ataques que vulneran los derechos humanos y el DIH, ataques que fueron indiscriminados y desproporcionados causando desplazamiento forzado, homicidios, violencia sexual, vejaciones, reclutamiento de menores, entre otros.

Con esta perspectiva es necesario que los crímenes cometidos no vayan a quedar en la impunidad amparados en procesos de paz, todo siempre orientado a garantizar los derechos de

las víctimas en un ambiente de verdad, justicia y reparación.

Las violaciones masivas de derechos humanos no solo afectan a las víctimas directas sino al conjunto de la sociedad misma, por eso es necesario que el Estado asegure que las violaciones no vuelvan a suceder, para que de esta manera intente solventar la afectación social que estas conductas produjeron. Porque generalmente las sociedades que sufrieron estas alteraciones a raíz de un conflicto quedan divididas, lo que crea desconfianza entre los grupos sociales y la falta de credibilidad en las instituciones públicas, obstaculizando las políticas de post-conflicto.

En medio de estas cuestiones y dudas surge la justicia transicional no como un tipo especial de justicia sino como un modelo de abordarla en épocas de transición; es decir, desde una situación de enfrentamiento o conflicto a un tiempo de paz y post-conflicto, siempre tratando de conseguir una rendición de cuentas y la reparación efectiva de las víctimas. De esta manera la justicia transicional proporciona a las víctimas el reconocimiento de sus derechos, fomentando la confianza ciudadana y el fortalecimiento de los principios fundamentales de un Estado Social de Derecho.

Todo lo anterior siempre sin perder de vista que cada proceso de transición tiene sus particularidades en la medida de su adaptación a los tipos o modelos políticos, jurídicos y culturales presentes en cada Estado. En este sentido existen especificidades en los procesos de transición en estados que han atravesado crisis democráticas y sociales.

Antes de definir y conceptualizar un modelo determinado de justicia transicional para el caso de Colombia, es necesario partir de la diferencia entre la justicia retributiva, justicia restaurativa y la justicia transicional, con el fin de decantar el concepto sin riesgo de confundir sus características o aspectos esenciales con otras formas de justicia, para así entrar a estudiar el modelo que nos interesa, como es la justicia transicional, y lograr plantear una propuesta viable para una paz duradera y sostenible.

Diferencias y similitudes entre la justicia retributiva, la justicia restaurativa y la justicia transicional

La justicia retributiva

Esta centra su atención en castigar una determinada conducta por medio de una sanción o pena impuesta por parte de la administración a través de sus órganos; generalmente, ésta consiste en la privación de la libertad. La pena se determinará según el bien jurídico afectado con el proceder delictual, sin perder de vista su principio de proporcionalidad, entendido esto como una manera de compensar a la sociedad y la víctima por el perjuicio causado.

La nota característica de la justicia retributiva es la violación de la ley por parte de un ciudadano que atenta en contra de los derechos de la víctima, en la cual se podrá imputar un grado de culpabilidad de la acción. A pesar que esta característica de culpabilidad, actualmente se encuentra en crisis debido a los planteamientos de Gazzaniga. Este autor, con base en los experimentos de Libet en los años ochenta, expone que la neurociencia dice que en el momento en

que el individuo experimenta algo conscientemente, el cerebro ya ha hecho su trabajo. Cuando se es consciente que se ha tomado una decisión, el cerebro ya ha inducido ese proceso. Plantea así la cuestión de si las acciones escapan del control humano. Una cosa es preocuparse por los atenuantes de la responsabilidad a causa de una demencia senil o enfermedad cerebral, y algo muy distinto es que la conducta de toda persona normal esté también determinada. Así presentada la cuestión ¿se debe abandonar el concepto de responsabilidad personal? Si bien el propio Gazzaniga (2006, pp.100 ss) que nunca ha dejado de tener en cuenta la dimensión social o cultural de la naturaleza humana, no lo creerían así otros neurocientíficos como Roth, Singer o Rubia, que propugnan por una idea y esto les ha llevado a atacar frontalmente el Derecho Penal tal y como se encuentra configurado actualmente, controvirtiendo abiertamente los conceptos de libre albedrío o las raíces de la personalidad o el yo.

Los neurocientíficos citados no discuten en absoluto que el ser humano adopte decisiones, es decir, formulado en términos dogmáticos, que actuemos dolosa o imprudentemente. Lo que pretenden resaltar es que dichas decisiones no son en última instancia libres sino determinadas por una multitud de condiciones que no se pueden controlar conscientemente.

Por ello lo que se pone en cuestión no es si los seres humanos son capaces de controlar nuestro actuar, sino que lo que se pretende demostrar es que todo proceso mental es reconducible en última instancia a una explicación científica y, por ende, causal.

Desde un punto de vista interno al Derecho Penal, ciertos neurocientíficos han querido salirse de sus temas de estudio y participar en el debate sobre las bases de la responsabilidad penal, ofreciendo un fundamento de las teorías preventivas de la culpabilidad: nunca se ha castigado a un sujeto porque no pudiera actuar de otro modo, sino más bien porque la sociedad no podía actuar de otro modo. No se trata incluso sólo de que en el caso concreto sea imposible constatar si el sujeto pudo actuar de otro modo, sino de que los seres humanos nunca pueden actuar en un determinado momento de otro modo a como actúan; es decir, no existen alternativas de actuación que se puedan elegir voluntariamente.

Otras de las características esenciales de la justicia retributiva sería el castigo. A este modelo de justicia no le interesa la reparación o reconstrucción de las relaciones sociales sino meramente el castigo objetivo con la finalidad de desanimar o reducir la comisión de futuros delitos en la sociedad, dejando por fuera cualquier concepción subjetiva tanto de la víctima como del victimario, lo que ayudaría a encontrar el origen del proceder delictual, para que de esta manera pudiera prevenir efectivamente la comisión del delito y no solamente basarse en un castigo ejemplarizante.

La justicia restaurativa

En la actualidad, en gran parte de los países del mundo incluyendo el nuestro, se aplica un modelo de justicia retributiva. Este tipo de justicia se centra en la relación entre el infractor y la sociedad a través de una sanción o pena

impuesta por el Estado manifestado por sus organismos. El objetivo primordial de esta versión de justicia es lograr un cambio efectivo de comportamiento del delincuente o victimario por medio de una pena consistente en reclusión carcelaria.

Este modelo de justicia para nuestro tiempo y frente a las necesidades actuales de nuestra sociedad resulta inhumano, precario y sin efecto alguno en la política de prevención del delito, lo que lo vuelve anacrónico. Los fracasos son palpables en nuestra sociedad, debido a que los criminales, después de estancias carcelarias, no cambian su percepción de la sociedad ni se concientizan de sus actos, al contrario, al momento de su salida de la cárcel continúan cometiendo delitos incluso con más sevicia que cuando los condenaron por primera vez. Esto es prueba suficiente del fracaso rotundo de este modelo en Colombia, inclusive el aumento de las penas agrava la situación y no brinda una solución viable y acorde a un mundo civilizado.

Las razones para el fracaso de la justicia retributiva son varias, pero para efectos prácticos se estudiará la principal, que es la inconsciencia misma del delincuente hacia el acto que cometió y el atentado que éste realiza al interior de la estructura social al lastimar tanto en su patrimonio o su vida o ambas a la víctima.

El desconocimiento por completo de los valores y principios que fundan nuestra sociedad, por el victimario o delincuente se debe a su abstracción y alejamiento de los valores sociales al momento de su educación básica, al igual esta consecuencia es producto del sistema penal que

ve a la víctima como una prueba más y no como partícipe activo, la cual sufrió un perjuicio y alteración emocional y en cierta medida una pérdida de confianza en la sociedad.

Ante este panorama un poco pesimista aparece la justicia restaurativa con una visión completamente distinta a la de la justicia retributiva, debido a que la primera plantea una salida más sociológica que la segunda, al considerar que, como los delitos ocurren en el seno de la comunidad contra sus miembros, la resolución del conflicto entre víctima y victimario se deberá realizar frente a la comunidad y con el debido acompañamiento.

Lo que no implica una situación de impunidad y ausencia del castigo, pero sí una concientización de las normas quebrantadas y el daño que esto causa a la sociedad misma, contribuyendo de esta manera a una sanción efectiva y eficaz que asegure la rehabilitación del delincuente, y paralelamente que éste conozca de primera mano el dolor y sufrimiento que su accionar causó en la víctima, lo que hace más improbable la reincidencia en el delito o comisión de uno nuevo. Así Friday y Kirchhoff (2000, citados por Brito, 2010), escriben:

la justicia restaurativa condena el acto delictivo, mantiene la responsabilidad de los delincuentes, involucra a los participantes y alienta el arrepentimiento del delincuente para que trabaje activamente para su reingreso de manera honrada a la sociedad.

De lo anterior se empieza a clarificar el obje-

tivo central de la justicia restaurativa como una justicia netamente social, porque entiende que los delitos son producto de unas consecuencias sociales que los propiciaron; por ende, su solución y prevención se encontrarían inexorablemente al interior de la sociedad como originadora y en parte víctima del delito que rasga su velo de tranquilidad. Reconociendo así un lado humano del delito y no solo como una conducta que debe ser castigada severamente sin ningún tipo de trasfondo social. Es necesaria esta visión humana del delito para así por medio de la justicia restaurativa intentar tejer de nuevo el velo social que ha sido roto; siempre intentando una reconciliación entre la víctima y el victimario por medio de soluciones creativas e ingeniosas.

Así la justicia restaurativa es un modelo de justicia que no solo se limita a castigar al infractor de la ley, sino que va más allá y se centra en la búsqueda del origen de la violencia misma y cómo nace y se desarrolla al interior de la sociedad para así lograr prevenirla y sanar las heridas entre la víctima y el victimario.

Por basarse este tipo de justicia en el estudio y comprensión de la violencia misma, es necesario establecer cuáles son los tipos de violencia que se presentarían dentro de una sociedad. Estos tipos son:

- Violencia física: manifestación evidente; por ejemplo, el golpe o la lesión.
- Violencia estructural: aspectos que están en las bases mismas de la sociedad y que de alguna manera contribuyen a la manifestación física, son las expresiones de marginalidad y la exclusión.

- **Violencia cultural:** es el relato que justifica el ejercicio de la fuerza o el lugar de subordinación de unas personas sobre otras (Brito, 2010).

El estudio y análisis a profundidad de los factores que originan la violencia permiten que la justicia restaurativa brinde un solución a un conflicto de manera justa y duradera, con base en el diálogo entre las víctimas y el victimario con el seguimiento de la sociedad, con el fin de recurrar la dignidad humana, la cual ha sido golpeada por el accionar violento, proporcionando un medio ambiente ideal para el ejercicio de todos sus derechos.

Demostrando que el objetivo de la justicia transicional no se centra únicamente en el encarcelamiento del victimario a una gran pena, sino que busca su rehabilitación a través de la reparación del daño no solo material sino también psicológico, modificando de esta manera las relaciones desiguales e injustas que dieron origen a las situaciones de conflicto que afectarían a las sociedades.

La justicia transicional

Orígenes

La justicia transicional se refiere al conjunto de medidas judiciales y políticas utilizadas como reparación por las violaciones masivas de derechos humanos. De esta forma se busca confrontar los abusos a los derechos humanos en sociedades convulsionadas por la guerra o cualquier otro conflicto.

El término justicia transicional se origina al

finalizar la Segunda Guerra Mundial con la creación de los tribunales *ad hoc* de Núremberg y Tokio (1945-1947); posteriormente, se ve reforzada su necesidad con los juicios de exmilitares en Grecia (1975) y en Argentina (1983). Inicialmente, se tenía la concepción de que la justicia transicional era una especie de justicia penal orientada a la protección de los derechos humanos y del DIH.

Aunado a esta falta de identidad propia de la justicia transicional, hay que sumarle la confusión terminológica entre la justicia transicional y la justicia restaurativa, como es señalado por la Organización de las Naciones Unidas (ONU, 2009).

Todo programa que utilice procesos restaurativos e intentar resultados restaurativos. Por procesos restaurativos se entiende todo proceso en que la víctima, el delincuente y cuando proceda, cualesquiera otras personas o miembros de la comunidad afectados por un delito, participen conjuntamente de forma activa en la resolución de cuestiones derivadas del delito, por lo general con la ayuda de un facilitador.

Debido a estas confusiones a finales de la década de 1980 e inicios de la década de 1990, se dio una nueva concepción de la justicia transicional; entendida ésta como un fundamento ideado para sustentar y apoyar las instituciones democráticas, centrándose en los procesos políticos inherentes o propiciadores de un cambio democrático, partiendo de situaciones en donde estos principios democráticos se encontraban socavados y en especial los derechos humanos,

todo siguiendo la finalidad de darle prelación a la reparación de daños, resolver los conflictos, no repetición de los hechos ilícitos, conservar la memoria histórica.

Hoy en día la gran mayoría de los países en el mundo occidental han aceptado que cuando se cometen delitos en contra de los derechos humanos catalogados como crímenes contra la humanidad, el concepto de soberanía nacional pasa a un segundo plano. Y para eso existe justamente el Tribunal Penal Internacional, al que las naciones le han cedido parte de su soberanía en lo que se refiere a graves violaciones a los derechos humanos tipificados como delitos contra la humanidad.

Principios básicos de la justicia transicional a nivel internacional

Por ésta se entiende el “Conjunto de Principios para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad”, proclamados por la Comisión de Derechos Humanos ONU en 1998. Encuentra su principal antecedente histórico en el “Informe Final del Relator Especial sobre la impunidad y conjunto de principios para la protección de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad”. Este último documento, que data de 1992, fue la respuesta al encargo hecho a Louis Joinet en 1991 por la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección de las Minorías de la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas (hoy en día Subcomisión para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos), de sistematizar los principios básicos del Derecho Internacional en materia de derechos de las víctimas consideradas como sujetos

de derecho. Conforme a dicho Informe, en adelante llamado “Informe Joinet”, a las víctimas les asisten los siguientes derechos:

- Derecho a conocer la verdad

En este aparte se destaca como componente básico la verdad, como derecho individual y derecho colectivo; siendo el elemento fundamental para garantizar el acceso a la verdad preservar los archivos relativos a las violaciones de los derechos humanos. Por este motivo es fundamental adoptar medidas para impedir la represión y la destrucción u ocultación de los informes en donde se dan éstos. Para esto es necesario realizar un inventario de archivos disponibles en colaboración y cooperación con los demás países para poder ser consultados de manera rápida y completa, con el fin de esclarecer los hechos que los vulneran.

Así, la verdad sería una garantía individual fundamental, que consiste en el libre acceso de la víctima al conocimiento de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrieron los hechos, sus motivaciones, el destino de las personas objeto de desaparición forzosa y el estado actual de las investigaciones adelantadas en contra de los presuntos responsables (Botero, 2008, p.17).

La preservación documental de lo cual inicialmente se trata, es donde halla su principal función para encontrar la verdad. Porque a partir de estas pruebas documentales es donde inicia la construcción o reconstrucción pública de la verdad, con base en la memoria histórica de los individuos y de los pueblos, se daría el primer paso a la respuesta judicial ante la violación

de los derechos humanos, todo siempre en procura de no caer en la impunidad y restablecer la verdad.

La dimensión colectiva de la verdad hace referencia al “deber de no olvidar” pero a nivel social, para así garantizar su no repetición y prevenir futuras agresiones, siempre sin perder de vista la memoria histórica de los sucesos que originaron la violación masiva de los derechos humanos.

Como parte de la búsqueda de la verdad nacieron los denominados “juicios de la verdad” o “comisiones de la verdad”, las primeras presentadas en Argentina y las segundas en Ghana, Nigeria, Sierra Leona, Sudáfrica, Timor oriental, Brasil, Perú, Ecuador, Panamá, Chile, Antigua Yugoslavia, etc.

Podemos definir las comisiones de la verdad y los juicios de verdad como organismos de investigación creados para ayudar a las sociedades que han enfrentado graves situaciones de violencia política o guerra interna, a enfrentarse críticamente con su pasado, a fin de superar las profundas crisis y traumas generados por la violencia y evitar que tales hechos se repitan en el futuro cercano. A través de las comisiones de la verdad se busca conocer las causas de la violencia, identificar a los elementos en conflicto, investigar los hechos más graves de violaciones a los derechos humanos y establecer las responsabilidades jurídicas correspondientes.

- Derecho a la justicia

La justicia se entiende como:

virtud política que se predica de las sociedades, relaciones o decisiones bien ordenadas o proporcionadas; y como servicio público de solución de conflictos y asignación de recursos escasos o disputados mediante la interpretación razonada y razonable de ley por los jueces y el tribunal del Estado (Villa, 2003).

El desarrollo efectivo de la justicia en el seno de los procesos de transición supone la construcción y el fortalecimiento de escenarios idóneos para esclarecer la verdad y para definir las formas de reparación. Dentro de este principio tiene prevalencia el derecho de las víctimas a saber con la mayor certeza posible los autores de las vulneraciones a los derechos humanos y al Derecho Internacional Humanitario.

Dentro del juzgamiento de los autores de las violaciones, se debe garantizar por parte del Estado, los principios al debido proceso, la aplicación de la ley siempre con la intención de proteger a la víctima en todas las etapas procesales e imponer penas proporcionales a los delitos cometidos por los actores de delitos de lesa humanidad, crímenes de guerra y vulneración grave de los derechos humanos, siempre imponiendo el deber de prontitud, efectividad y eficacia en la administración de justicia.

Al interior del Derecho Internacional público, cada vez más el incumplimiento de requisitos en las formas, el sentido y el alcance de las investigaciones en el ámbito nacional sobre violaciones graves a los derechos en el marco de los sistemas de justicia transicional, constituye un argumento para la revisión en tribunales internacionales de los procesos adelantados en

contra de los supuestos perpetradores, más allá del principio de cosa juzgada, reconociendo tal y como lo manifestó el Tribunal Militar de Núremberg que “los individuos tienen obligaciones internacionales que trascienden las obligaciones nacionales de obediencia impuestas por el Estado de que se trate” (TPIY, 1998, p.155, citado por Botero, 2008).

Pero no se puede perder de vista que la aplicación de un supuesto indispensable en justicia transicional, el cual sostiene que siempre cuando se encuentre dentro de un proceso transicional se está negociando entre iguales, se halla dentro de una negociación entre partes o bandos dentro de un conflicto, pero nunca se tiene que partir del supuesto que se está en una relación entre vencedor y vencidos, porque si se parte de este supuesto en ningún momento se llegará a un acuerdo de paz.

Pero este eventual acuerdo de paz no puede por ningún motivo desconocer los derechos de las víctimas. El equilibrio entre la paz y la justicia necesita que la justicia transicional sea flexible y no rígida. La flexibilidad en ningún momento va a implicar impunidad, sino todo lo contrario, unas penas pero éstas serán alternativas. La alternatividad en materia de penas tampoco se puede entender como una amnistía matizada, sino en penas de carácter social, tendientes a la reparación y rehabilitación por parte del victimario a las víctimas para cumplir así con el objetivo de la justicia transicional.

- Derecho a la reparación integral

El principio 36 del conjunto de principios para la protección y la promoción de los dere-

chos humanos mediante la lucha contra la impunidad formulado por Joinet (1997) establece que:

la reparación deberá abarcar todos los daños y perjuicios sufridos por la víctima; comprenderá, por una parte, medidas individuales de reparación relativas al derecho de restitución, indemnización y rehabilitación y, por otra, medidas de satisfacción de alcance general, como las previstas en el conjunto de principios y directrices fundamentales sobre el derecho a obtener reparación.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha interpretado el derecho a la reparación como restitución del derecho y rehabilitación e indemnización de la afectación, con el objetivo de “Hacer desaparecer los efectos de las violaciones cometidas” (Corte IDH, 2002. Párr. 78 Corte IDH, 2003, Párr. 237).

La restitución del derecho hace alusión a la aplicación de medidas a la víctima del goce del derecho lesionado con la agresión, por lo que supone “el restablecimiento de la libertad, los derechos legales, la situación social, la identidad, la vida familiar y la ciudadanía de la víctima, el regreso a su lugar de residencia, la reintegración en su empleo y la devolución de sus propiedades” (Botero, 2008, p.20).

La indemnización supone la compensación material a las víctimas del daño físico, mental o la afectación económica emergente o cesante, en forma apropiada y proporcionada a la magnitud de la violación. La rehabilitación, por otra parte, hace referencia expresa a la obligación de

brindar la asistencia médica o psicológica necesaria para atender la crisis, enfermedad o discapacidad permanente o parcial derivadas de la violación de derechos.

Esta reparación integral no solo se debe limitar a la parte material sino que tiene que ir más allá hasta los daños intangibles o morales; es decir, las pérdidas de oportunidades. De esta manera la reparación se entendería como la satisfacción material que el Estado o el agresor está obligado a dar a la víctima de un delito o de una violación de derechos humanos, que consiste la mayoría de las veces en una compensación económica por el agravio inferido por el crimen, y en tal sentido es un derecho de la víctima o de su familia, según el caso, entendido como uno de los elementos de la justicia material; los otros dos elementos constitutivos de la reparación son el esclarecimiento de los hechos y el castigo de los responsables.

Para el Derecho Internacional Público es de vital importancia el esclarecimiento de la verdad como una dimensión de la reparación ya que atiende al daño psicológico, la impotencia y la angustia ocasionados por el desconocimiento de las circunstancias del hecho violento o del paradero de los familiares, para el caso concreto de desapariciones (CIDH, 2000a: párr. 147-48; Corte IDH, 2002: párr. 76; Corte IDH, 2003: párr. 274).

- Garantía de no repetición de las violaciones.

Conforme a los principios provenientes del Informe Joinet, las mismas causas producen los mismos efectos, por lo cual “tres medidas se im-

ponen para evitar que las víctimas no sean de nuevo confrontadas a violaciones que puedan atentar contra su dignidad” (CIDH, 2003):

- a) Disolución de los grupos armados: se trata de una de las medidas más difíciles de aplicar porque, si no va acompañada de medidas de reinserción, el remedio puede ser peor que la enfermedad.
- b) Derogación de todas las leyes y jurisdicciones de excepción y las que procuren la defensa de victimarios o el desprotección de las víctimas.
- c) Destitución de los altos funcionarios implicados en las violaciones graves cometidas. Se debe tratar de medidas administrativas y no represivas con carácter preventivo y los funcionarios pueden beneficiarse de garantías como el debido proceso. Esta medida principalmente es de carácter preventivo para asegurar que el funcionario investigado no vaya a obstruir a la justicia ni la investigación.

Niveles de aplicación de la justicia transicional

La justicia transicional puede desarrollarse en cuatro niveles:

Individual: En este nivel los sujetos operan fundamentalmente en los roles de víctimas o victimarios; lo que les ubicaría en un lado u otro de los efectos de los mecanismos de justicia transicional.

Estados-nación: Corresponde a los actores de este nivel definir los acuerdos y disposiciones que son entendidos como necesarios para que las partes involucradas en el conflicto faciliten la

transición efectiva hacia la democracia. Así mismo, el Derecho Internacional público establece la obligación a los Estados de esclarecer, castigar y reparar las violaciones graves a los derechos humanos y el Derecho Internacional Humanitario, lo que supone una tensión compleja entre esos dos propósitos, como ocurre por ejemplo con las leyes de indulto a excombatientes, las cuales son necesarias para facilitar la entrega de armas y la desmovilización pero tienen límites en su aplicación debido al imperativo de justicia y la prevención de la impunidad.

Actores corporativos: Entre ellos se cuentan las organizaciones (partidos políticos, empresas privadas o iglesias), las empresas económicas, las asociaciones profesionales y las entidades administrativas de orden territorial. En tanto actores colectivos pueden desempeñar roles de víctimas o victimarios de las violaciones, como el caso de los banqueros suizos en los crímenes de guerra de la Alemania Nazi. Aunque es mucho más frecuente encontrarlos en los roles de facilitadores o veedores de los procesos de negociación o acuerdos. Aparte de la posibilidad de ser víctimas o victimarios estos actores corporativos también pueden convertirse en un importante apoyo para la adecuada transición, facilitando tanto recursos económicos como posibilidades de reinserción a los excombatientes.

Instituciones supranacionales: La justicia transicional opera en este nivel cuando, en el ámbito nacional no existe ni la capacidad ni la voluntad política para enjuiciar a los sospechosos de crímenes de guerra. Corresponden a este ámbito los tribunales internacionales, tanto aquellos creados para abordar situaciones par-

ticulares como el Tribunal de crímenes de guerra de Núremberg, el Tribunal Internacional de crímenes de guerra para el Lejano Oriente o los tribunales *ad hoc* para la ex Yugoslavia, Ruanda y Burundi, o como la figura de tribunal permanente a la que corresponde la Corte Penal Internacional, resultado del acuerdo logrado en Roma en el año 2000.

Políticas de prevención del delito; en particular, la reincidencia de los desmovilizados

El nexo causal entre pobreza, falta de educación, falta de oportunidades laborales y la delincuencia o la reincidencia en ella, se va a convertir en uno de los puntos fundamentales de las políticas de prevención, las cuales toman como punto de partida las condiciones de vida de los probables ofensores.

Para tratar el tema de la prevención del delito es necesario tratar temas de política social, porque estos desbordan los aspectos netamente judiciales los que se concentran en el incremento de la pena y reforzamiento de la seguridad pública, pero siempre sin abordar la problemática de base; es decir, la problemática social.

Esto hace necesario la estructuración de unas políticas de prevención de la comisión del delito de tipo social y judicial en el sentido del replanteamiento de la política criminal, la cual debe ser orientada a la resocialización más que al mero castigo de la persona infractora.

Como parte del proceso de reinserción de los excombatientes es necesario una reeduca-

ción en cuanto a principios y valores en los cuales se cimienta la sociedad, y posteriormente capacitarlos en un arte o profesión pero siempre con la sociedad como veedora de este proceso. Una vez terminada esta etapa de capacitación y estudio, es necesario reinsertarlos en sus comunidades de origen para que se desempeñen dentro de ella y ayuden a desarrollarla. También, para la reincorporación social urge que las empresas tanto públicas o privadas sean incentivadas por parte de la Administración Pública para que contrate a las personas reinsertadas para evitar que incurran en el informalismo o recaigan en la delincuencia.

Porque sin estas políticas y compromisos sociales es inevitable que fracase cualquier tipo de reinserción social. Este proceso debe ser inmediato y eficaz y debe entrar en acción al momento de la dejación de armas, pero siempre tratando que dentro del proceso de reinserción social se cuente con el apoyo de la familia del excombatiente para que este tenga un impulso que lo guie a un cambio real y verdadero.

Estas directrices inexorablemente van a desembocar en el mejoramiento de la calidad de vida no solo del excombatiente sino también de su núcleo social y familiar, el cual impedirá cualquier posibilidad, que la persona reinsertada social vuelva a caer en la delincuencia y de esta manera conseguir una paz duradera para Colombia.

Conclusiones

De lo expuesto se puede extraer de los acápitales precedentes que la justicia transicional dis-

ta completamente de un tipo de justicia retributivo o penal aplicable a casos de violaciones de derechos humanos; por el contrario, la justicia transicional va a utilizar los fundamentos o principios de la justicia retributiva como instrumento para lograr la finalidad propuesta, pero este empleo de fundamentos o principios no implica que sea una versión de justicia restaurativa. Estos dos modelos de justicia se diferencian en que la justicia restaurativa centra sus esfuerzos en la recomposición de las relaciones entre víctima y victimario en un nexo de carácter individual. En cambio, la justicia transicional centra su atención en la reestructuración del tejido social rasgado por los hechos violatorios de los derechos humanos, presentándose una relación victimario-sociedad.

Así la justicia transicional pretende la reconciliación entre el victimario y la sociedad misma para que de esta manera lograr el perdón y la reconciliación, cumpliendo de esta manera unos de los propósitos fundamentales que es la protección de los derechos de las víctimas.

No obstante, no hay que olvidar que la protección de las víctimas no puede implicar una aplicación estricta de las leyes penales, sino un deber de estructurar un modelo de penas con base en la flexibilidad de los castigos que exige la justicia transicional, porque si no existe dicha flexibilidad no habría un incentivo para que los grupos en contienda suscriban un acuerdo de paz, en esta ponderación de intereses se tiene que lograr el equilibrio entre la paz y la justicia que sería la protección efectiva de los derechos a las víctimas. Si se propende sólo lograr la paz habría el riesgo de incurrir en amnistías o indul-

tos escondidos lo que implicaría la vulneración de los derechos fundamentales de las víctimas por alcanzar la verdad, justicia, reparación y garantía de no repetición.

Ese delicado equilibrio se constituirá en el reto más grande a conseguir por parte de la justicia transicional, aplicado a cada modelo particular y concreto, por este motivo sería un error entrar a trasladar el modelo de justicia transicional aplicado por otro Estado al caso colombiano. Lo procedente sería asimilar estos ejemplos como una guía tomando tanto lo bueno y lo malo de estos modelos internacionales, para estructurar un modelo particular de justicia transicional para el conflicto colombiano específico para cada actor del conflicto armado.

Referencias Bibliográficas

- Barbuto, M. V. & Moreyra, M. J. (2008). "Los procesos de reparación y la violencia sexual contra las mujeres en Argentina". En L. Fries (Comp.), *Sin tregua: políticas de reparación para mujeres víctimas de violencia sexual durante dictaduras y conflictos armados*. Humanas Chile: Santiago de Chile.
- Botero, C. (2008). Estándares internacionales y procesos de transición en Colombia. Entre el perdón y el paredón: preguntas y dilemas de la justicia transicional. Bogotá: Unidades.
- Brito, D. (2010). Justicia restaurativa: Reflexiones sobre la experiencia en Colombia. Loja: Ed Universidad Técnica Particular de Loja.
- Carta de las Naciones Unidas (1945).
- CIDH, 2000a: párr. 147-48; Corte IDH, 2002: párr. 76; Corte IDH, 2003: párr. 274; Principio 36 del conjunto de principios para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad.
- Convención en contra de la tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes (2002).
- Convención Internacional para la eliminación de todas las formas de discriminación racial, las cuatro convenciones de Ginebra, los protocolos adicionales a las convenciones de Ginebra así como la, los principios para la prevención efectiva e investigación de las ejecuciones extrajudiciales, arbitrarias y sumarias (Res. 65 ECOSOC, 14.05.1989).
- Convención Internacional para la protección de todas las personas de las desapariciones forzadas (2006).
- Convención para la prevención y castigo del crimen de genocidio (1948).
- Declaración de Oslo sobre el Derecho Humano a la Paz, aprobada por la Conferencia General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, en 29ª celebrada en París del 21 de octubre al 12 de noviembre de 1997.
- Declaración sobre la protección de todas las personas de desapariciones forzadas (18.12.1992), los principios de derecho internacional recono-

cidos en la Carta y en el Juicio del tribunal de Núremberg, el Estándar mínimo de reglas para el tratamiento de los prisioneros (ECOSOC, 13.05. 1977).

Decreto 1290 de 2008. Mecanismo para la indemnización de las víctimas.

Dudley, S. (2004). *Walking Ghosts: Murder and Guerrilla Politics in Colombia*. New York/London: Routledge.

Estado de Derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos.

Guembe, M. J. (2006). "Economic Reparations for Grave Human Rights Violations. The Argentinean Experience". En P. De Greiff, *The Handbook of Reparations*. Oxford University Press.

Informe del Secretario General de las Naciones Unidas (2004).

Méndez, J. (s.f.). *La justicia de transición y el derecho internacional*. Buenos Aires: Universidad del Salvador.

Méndez, J. (s.f.). Los medios y los fines de la política internacional. En *Res. Diplomática*, (2), 18.