

El Marco Jurídico de la Justicia de Transición: una visión global de las cuestiones jurídicas en los proceso de paz del siglo XXI, según Kai Ambos

*Resumen analítico de
Diana Margarita Fadul Polo y Jorge Ernesto Navas Berdugo*

Publicación: AMBOS, Kai. “*El Marco Jurídico de la Justicia Transicional, Especial referencia al caso colombiano*”. Edición número 1. Bogotá D.C.: Editorial Temis S.A., 2008.

Palabras clave: *Alternativas de persecución penal, amnistías, comisiones de verdad, Estatuto de Roma, interés justicia, justicia de transición, justicia, ponderación de intereses, reparación, verdad.*

SOBRE EL AUTOR

Kai Ambos nace el 29 de marzo de 1965 en Heidelberg, Alemania. Se ha desempeñado como Catedrático de Derecho penal, Derecho procesal penal, Derecho comparado, Derecho penal Europeo e internacional en la Universidad Georg August de Göttingen. Es Juez del distrito de Göttingen y Magister Comisionado desde el 15 de marzo de 2006.

Realizó sus estudios en la Facultad de derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Albert Ludwing de Freiburg (Alemania), en Oxford (Gran

Bretaña) y en München (Alemania). Obtuvo su doctorado en 9 de diciembre de 1992, en la Universidad de Múnche, donde también desarrolló su trabajo post-doctoral que terminó en julio de 2001. Obtuvo la venia *Legendi*, para las materias de Derecho Penal, Derecho Procesal Penal, Criminología, Derecho Internacional y Derecho Comparado.

Sus tesis han ejercido una fuerte influencia en la dogmática sustancial y procesal del Derecho Penal Internacional. Sus textos, con base en el desarrollo de investigaciones, resultan innovadores y de sólida

argumentación. Entre estos se encuentran: *Dominio del hecho por dominio de la voluntad* (1998), *Acerca de la antijuricidad de los disparos mortales en el muro* (1999), *Temas del derecho penal internacional* (2001), *Derecho penal del enemigo* (2007), *Derecho y proceso penal* (2008), *Justicia de transición con informes de América Latina, Alemania, Italia y España* (2010), *Nociones básicas del Derecho Internacional Humanitario* (2011), *Derecho y proceso penal internacional* (2012) y *¿Castigo sin soberano? Ius puniendi y función del derecho penal internacional* (2013).

DESCRIPCIÓN

El marco jurídico de la justicia de transición es una obra que conceptualiza y desarrolla el significado de la justicia de transición, ya sea este objeto de estudio en sociedades en conflicto o postconflicto. Sin dejar de lado los lineamientos del fundamento jurídico del interés justicia y los mecanismos alternativos a la persecución penal, existentes en un ámbito excepcional. Se puede afirmar que esta obra hace parte de la elaboración de una doctrina relacionada con la teoría jurídica a nivel internacional, aplicable principalmente al marco de los procesos de paz, donde convergen tanto las políticas internas, como estándares establecidos por la Corte Penal Internacional (CPI). Es por ello que este estudio, no solo tiene un carácter jurídico, sino que también enfatiza en las dinámicas

sociales supeditadas a la existencia de una realidad específica, para su efectiva aplicación.

CONTENIDO

La obra antes reseñada se compone de tres partes fundamentales, en las cuales se centra y trabaja: la primera parte esta diseñada para dar el fundamento jurídico del interés de justicia, referente a los lineamientos sobre exenciones de responsabilidad penal, en particular amnistías; en la segunda parte se reseña el proceso de paz y la Corte Penal Internacional; y en la tercera parte se reseña el proceso de paz en Colombia, a la luz del derecho penal internacional, sobre los apuntes de la ley 975 de 2005 y el decreto reglamentario 3391 de 2006.

EL FUNDAMENTO JURÍDICO

DEL INTERÉS JUSTICIA

(Lineamientos sobre exenciones de responsabilidad penal, en particular amnistía)

Se trata de los fundamentos específicos que componen el marco jurídico de la justicia de transición, esbozando a grandes rasgos el campo de aplicación, el deber de perseguir los crímenes internacionales nucleares, los derechos de las víctimas, las alternativas a la persecución penal, la ponderación de intereses por vía del test de proporcionalidad y las consecuencias contempladas para las amnistías. Con observancia a la dimensión moral, de mantener el justo equilibrio entre los

valores contrapuestos de paz y justicia, tomando en consideración todos los intereses en juego.

De allí el tema de la conceptualización del significado de la justicia de transición “comprende el entero ámbito de los procesos y mecanismos asociados con los intentos de una sociedad para afrontar un legado de abusos a gran escala del pasado, para asegurar responsabilidad, rendir justicia y lograr reconciliación”¹

Por ello su aplicación no solo se enmarca dentro de la transición de una dictadura hacia la democracia, sino también dentro de sociedades democráticamente formales, que presencian un conflicto en curso o luego de este.

Al representar situaciones excepcionales, se han de aplicar medidas acordes a la naturaleza del mismo conflicto o de la realidad social que se evidencia. de ahí el carácter judicial o no judicial de estas medidas, que pueden comprender persecuciones individuales, reparaciones, búsqueda de la verdad, reformas institucionales, descalificación, destituciones, entre otras. Sin el desconocimiento de los derechos del acusado, los derechos de las víctimas y el bienestar de la sociedad a largo plazo.

En relación al fundamento jurídico del elemento o interés justicia, se tiene

como partida el deber de perseguir crímenes internacionales nucleares, referidos, exclusivamente a los tipificados en el Estatuto de Roma, como crímenes de tal transcendencia para la comunidad internacional que no deben quedar sin castigo, tales como el crimen de genocidio, de lesa humanidad y los crímenes de guerra. En consecuencia los Estados que han suscrito y ratificado este tratado internacional, suponen un deber de persecución penal, que no se limita a la aplicación de una justicia restaurativa, sino que también se ponen en funcionamiento, fines básicos de la pena, como lo son la prevención general y especial negativa, así como la prevención general positiva.

Más, en el contexto de la justicia de transición el interés justicia no se puede tomar el concepto tradicional, puesto que en este ámbito, justicia connota una idea de responsabilidad y equidad, en la protección y vindicación de derechos de las víctimas contemplados en el Estatuto de la CPI; así como el reconocimiento de deberes y derechos para el acusado, desarrollados por las normas generales del derecho penal, principalmente, las del debido proceso.

En síntesis las víctimas tienen derecho a la verdad, a la justicia y a la reparación. Derechos que han sido elaborados por la jurisprudencia de los derechos humanos. A saber:

La verdad comprende el esclarecimiento de los hechos violatorios y las responsabilidades correspondientes,

¹ AMBOS, Kai. *El Marco Jurídico de la Justicia Transicional, Especial referencia al caso colombiano*. Primera Edición, Bogotá D.C.: Editorial Temis S.A., 2008.

que permiten a la sociedad tener acceso a información esencial para el desarrollo de sistemas democráticos hasta tal punto, que se afirma que el derecho a la verdad es una norma consuetudinaria emergente y un principio general del derecho.

El derecho a la *justicia* implica alguna forma de protección judicial, mediante el acceso al sistema jurídico del Estado infractor y el deber de investigar, perseguir y sancionar a los responsables. Y la *reparación* advierte ciertos actos como: la restitución plena, la compensación, la rehabilitación, la satisfacción y garantías de no repetición, cambios en las leyes y prácticas pertinentes, memoriales públicas, disculpas públicas y saneamiento a la justicia de los autores de violaciones a Derechos Humanos.

En cuanto a las alternativas de persecución penal, versan sobre la renuncia que se hace de ésta, para alcanzar la paz; no sin antes establecer alternativas adecuadas para tal fin.

Teniendo en cuenta la participación de las víctimas en el diseño y ejecución, que permite dar legitimidad al proceso. Pero la opción más importante que se puede llegar a entablar, es el establecimiento de un órgano oficial, temporal y de constatación de los hechos, que no tenga carácter judicial y se ocupe de investigar abusos de Derechos Humanos, conocidos como Comisiones de Verdad y Reconciliación (CVR), las cuales terminan por efectuar un informe final, donde se

reconstruye una “verdad histórica”, caracterizada por tener, en consideración todas las facetas de los crímenes y conflictos pasados.

De lo anterior se derivan criterios esenciales, para la conformación de las Comisiones de Verdad, que en la medida que se lleguen a cumplir, garantizan conseguir los principios supremos que se persiguen con la justicia transicional: La paz, la justicia y la reconciliación.

Mas no se puede desconocer, otros mecanismos de justicia alternativa que persiguen estos mismos fines, tales como: la restitución, la reparación, la ilustración, el desarme, desmovilización, la reintegración y aquellas formas de justicia tradicional, asimiladas por cada sociedad en particular. Porque al fin y al cabo, la admisibilidad de las limitaciones al interés justicia, tienen que depender del resultado de ponderación, por vía del test de proporcionalidad, elaborado por el teórico Alemán Robert Alexy. En el cual, primero se debe determinar si la medida en cuestión es adecuada para alcanzar el objeto pretendido. En segundo lugar habrá que aplicar un criterio de adecuación, consistente en fijar, si la medida es parte de un proyecto global, para romper con el anterior régimen y garantizar su continuidad. Así mismo habrá que puntualizar si la medida es necesaria o indispensable. Y por último se observara la proporcionalidad, stricto sensu, para señalar la ponderación entre la cantidad y cualidad.

Este test de ponderación ha sido aplicado por la Corte Constitucional Colombiana, para determinar la compatibilidad de la *Ley de Justicia y Paz* con la Constitución política de 1991. En donde se enfrenta el interés de paz Vs el interés justicia. Dada esta yuxtaposición la Corte acoge una aproximación integral, teniendo en cuenta el contexto y sus efectos.

Por otro lado, ese proceso de ponderación, conduce en su tercera fase, a precisar algunas limitaciones y exigencias para las medidas de exención a la persecución penal. Teniendo como técnica más importante de estas, las amnistías que termina por extinguir todo tipo de responsabilidad penal siguiendo algunos límites y exigencias como lo son: *la ratione materiae* y *personae*. Con el fin de examinar la admisibilidad de aplicación de estas.

Hay que subrayar la doble modalidad de esta medida, a saber:

Amnistías absolutas, que buscan por sepultar por completo los crímenes del pasado, a través de la prohibición expresa de cualquier clase de investigación. En consecuencia estas, no son aceptadas por la CPI porque al pretender impedir la sanción y la investigación de los responsables, contravienen derechos inderogables, reconocidos por el Derecho Internacional de los derechos humanos.

Amnistías condicionadas o de compromiso: en estas no se exime automáticamente de castigo a los autores, sino que se condiciona la exención a

la ejecución de ciertos actos, como: la promesa incondicional de deponer las armas, la satisfacción de legítimas exigencias de las víctimas, la revelación de hechos, el reconocimiento de responsabilidad y el arrepentimiento. Por este motivo este tipo de amnistías son las únicas admisibles para la CPI al ser responsables, en cuando no conllevan el sacrificio de la justicia, ni de la paz.

A pesar de todo, el éxito de la justicia de transición aumenta o disminuye en la medida, de afectación de la influencia de la antigua elite política, y las posteriores reformas políticas logradas, contribuyendo o no estas, a la consolidación y reconstrucción de la democracia, con el reconocimiento pleno de los derechos de las víctimas.

PROCESO DE PAZ Y LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

En la historia ningún proceso de paz a tenido un mecanismo de responsabilidad, siempre se han buscado mecanismo ad hoc para la solución de este tipo de procesos, hasta la aparición de la Corte Penal Internacional (CPI).

La CPI tiene como objetivo fundamental el de perseguir y sancionar a los autores de crímenes internacionales y de esta misma forma acabar con la impunidad; dado que esto colabora con la paz y la seguridad.

Esta idea es ampliamente aceptada por las partes, siendo que según investigaciones a las víctimas, estas

sienten una mayor grado de confianza por estas instituciones internacionales. Que tienen la facultad de decidir autónomamente, sobre su interés primordial: la persecución de crímenes internacionales.

Para poder entender como son los fundamentos de la Corte penal Internacional, es necesario hacer un estudio sobre tres aspectos fundamentales: análisis de las disposiciones, intervención del Consejo de Seguridad y el interés de la justicia.

Sobre el análisis de las disposiciones importantes, encontramos en primera medida, la complementariedad. La cual se compone del análisis de la disposición, y los escenarios posibles.

Este primer gran bloque denominado el análisis de la disposición, se debe entender como el equilibrio que se busca entre las legislaciones internas y las necesidades internacionales en búsqueda de evitar la impunidad en crímenes de lesa humanidad. Ya que no se puede encubrir un crimen de lesa humanidad sobre la figura de la soberanía de un Estado y por lo tanto se hace posible perseguir a personas ya juzgadas.

Para que un Estado pueda evitar la intervención de la CPI, se hace indispensable tener en consideración, tres condiciones:

La primera se enfoca en la investigación que ha de realizar el Estado del caso, como titular de la acción penal. Esto significa, que las investigaciones, siempre deben estar a cargo del

Estado, sin que se llegue a configurar ningún tipo de impedimento, tal y como el otorgamiento de una posible amnistía.

En segundo lugar, que conforme a la investigación se haya adoptado una decisión, la cual ha de ser tomada en juicio, esto último como requisito fundamental.

En tercer lugar, esa decisión no debe estar permeada de la “*involuntad*”, entendida como la utilización de medios políticos para manipular el sistema y generar impunidad; y la incapacidad que se presenta cuando no existe o ha colapsado el sistema o por alguna circunstancia no se encuentra disponible para este tipo de eventos.

Por otra parte, es necesario hacer énfasis en las cinco situaciones hipotéticas que pueden llegar a configurar una amnistía: *auto-amnistía absoluta*; *amnistía condicionada con una comisión de verdad y reparación*; *amnistía condicionada sin una comisión de verdad y reparación*; *medidas que no llegan a ser plenas exenciones* y los *indultos*.

La *auto-amnistía absoluta*, va en contra de todo el Estatuto de la Corte Penal Internacional. Dado que no se podría llegar a establecer una investigación y mucho menos un juicio. Hasta tal punto que esta constituirá una prueba innegable de la falta de voluntad e incapacidad.

La *amnistía condicional con comisión de verdad y reparación*, solo podría ser eventualmente aceptada,

si la Comisión concede una amnistía de forma individual bajo condiciones estrictas. Esto se evidencia, si está comisión tiene la facultad expresa de conceder o denegar este medio de exención de persecución penal.

La *amnistía condicional sin una comisión de verdad y reparación*, presenta una mayor complejidad, porque ha de cumplir con requisitos de validez, que en últimas no se cumplen, debido a la supresión del elemento, justicia alternativa. Pero se ha de tener en cuenta que algunas formas alternativas de justicia no occidentales pueden ser tomadas como símiles, si cumplen con legalidad y dan garantías a las víctimas.

La cuarta hipótesis connota otras medidas que no llegan a ser plenas exenciones. En este caso, si se llega a cumplir con la investigación y el castigo, sin embargo se atenúa este último, teniendo en cuenta unas rígidas condiciones, que dan por resultado la plena aceptación de esta, por parte del Estatuto de Roma.

La quinta y última hipótesis, hace referencia al *indulto*, en el cual se efectúa una investigación y se sanciona a través de un castigo, pero este termina por ser suspendido. Para poder desvirtuar este tipo de condición jurídica, el único argumento válido y aceptado radica en que con este hecho se pretenda establecer un estado de impunidad.

El segundo bloque entendido como la *intervención del Consejo de seguridad*,

debe ser observado, como la facultad de este ente, para suspender investigaciones o enjuiciamientos que podrían afectar o acabar con un proceso de paz. Mas hay que tener en cuenta, que aunque estas investigaciones y enjuiciamientos sean frenados por el Consejo de seguridad de la ONU, no le quita competencia a la Corte Penal Internacional de actuar en búsqueda de evitar la impunidad.

Como tercero y último bloque se concentra en el *interés de justicia*, el cual abarca todas las formas alternativas de justicia; y busca una evaluación de la paz y la reconciliación en pro de un proceso de transición. Pero esta cláusula de interés de justicia solo es válida si *“las razones que motivan que el fiscal se abstenga de una investigación o enjuiciamiento pueden ser realmente reconducidos o vinculados al interés de justicia, esto es, si la abstención sirve realmente a este interés de la justicia.”*²

EL PROCESO DE PAZ EN COLOMBIA, A LA LUZ DEL DERECHO PENAL INTERNACIONAL

(Apuntes sobre la Ley 975 de 2005 y el decreto reglamentario 3391 de 2006).

El proceso de paz de Colombia debe ser entendido sobre tres diferentes enfoques, desde el Derecho Constitucional colombiano, la Convención

² *Ibidem.*

Americana de Derecho Humanos y desde el Derecho Internacional, con la posible intervención de la Corte Penal Internacional.

El primer enfoque se desglosa de la Constitución Colombiana, se debe entender desde dos aspectos: el primero está sujeto al entendimiento expreso dentro del contenido de la Constitución, de ahí se hace necesario resaltar una de las grandes ventajas de la Constitución Colombiana, la cual prevé la paz, como un fin del Estado. Por lo tanto el Gobierno Nacional, está en la obligación de garantizar la paz a todos sus asociados; y en segundo lugar se encuentra cómo estos criterios, se desarrollan jurisprudencialmente por parte de la Corte Constitucional de Colombia en la Ley 975 del 2005, la cual establece aspectos tales y como la disminución punitiva sustancial, así como el procedimiento y requisitos para acceder a dicha ley.

En cuanto a la disminución punitiva sustancial, se debe cuestionar ¿hasta qué punto el legislador puede disminuir el quantum punitivo, que en un orden normal, tendrían una pena de hasta 50 y 60 años, pero que al ser un régimen especial se establece un máximo de 8 años, como pena principal?. Bajo este enfoque se vislumbra, un choque entre dos derechos: la justicia y la paz. Pero hay que tener en cuenta, que la justicia en la justicia de transición se contextualiza en un sentido amplio, es decir, en la búsqueda de la verdad, la reparación

de las víctimas y la no repetición de los crímenes acontecidos.

La Corte Constitucional bajo este criterio amplio de justicia, entendió que la única forma de poder llegar a la paz con los actores generadores del conflicto, es dando soluciones alternativas, como la presente ley, pero siempre con el reconocimiento de las derechos de las víctimas, lo que da lugar a la estructuración de un aspecto problemático, en cuanto a la valoración semántica y conceptual que se le da a los términos verdad y reparación: y al método por el cual se aprobó la ley.

La verdad instituye un principio fundamental y un derecho de las víctimas a conocer los hechos que acontecieron durante el conflicto. No se ha de tomar, en el entendido de la simple confesión, sino sobre la necesidad de obtener una confesión completa y verdadera sobre todos los crímenes. Dando de esta forma, los cimientos para la construcción de los procesos de justicia transicional.

La reparación, no debe ser reducida a un aspecto meramente económico, pero si es tomada de esta forma, la víctima no se debe conformar solamente con los recursos originados por actividades ilícitas, sino por el contrario se ha de indemnizar con todo los bienes en cabeza de estos grupos, con el único fin de poder reparar a las víctimas de mejor forma.

El método de aprobación de la ley, en el caso particular que nos ocupa, está

legitimado por el Congreso de la República. Estructurado, sobre el principio de la democracia. Aunque tampoco es innegable la fuerte influencia de ejercida por grupos armados, como los paramilitares dentro de este órgano elegido popularmente.

El segundo aspecto sobre el cual debemos entender el caso concreto de Colombia es dentro del escenario interamericano. El cual se fundamenta una vez más, en arraigados principios del Derecho Internacional como lo son: la verdad, reparación y no repetición. Y hasta qué punto estos pueden llegar a ser negociados.

La Corte Iberoamericana de derechos humanos es contundente en aclarar que la paz es un valor muy importante, pero que no es aceptable cualquier medio para poder llegar a este, dado que si a las víctimas no se les son respetadas las garantías mínimas de reparación y verdad, estaremos siempre expuestos a que el Estado se pueda desmoronar con la justicia tomada por las víctimas.

El tercero y último aspecto que se debe abordar es relacionado con la Corte Penal Internacional, que esta referenciado sobre el estatuto de Roma, ratificado por Colombia en 2002, pero el gobierno aplica la cláusula que solo podrán ser tenidos en cuenta crímenes de guerra siete años después, es decir, solo la Corte Penal Internacional tendrá cabida en Colombia el primero de noviembre del 2009.

El proceso de justicia y paz, es el caso concreto hoy en Colombia, pero se han

podido identificar varios problemas como que la ley se estableció en su mayoría para mandos de los paramilitares que ya tenían unas sentencias y gracias al acogimiento a esta ley bajan sustancialmente su pena.

Otro fuerte inconveniente es que los mandos medios quedaron en un tipo de “impunidad” siendo ellos los que más masacres y crímenes de lesa humanidad ostentan.

En Colombia como en los demás países latinoamericanos se convirtieron en expertos redactores de la ley, pero desafortunadamente su cumplimiento es el que falla y de esta forma en el caso concreto se está llegando a percibir una violación de este proceso de justicia transicional.

Entonces como tal podemos concluir que la Corte Penal Internacional se encuentra atada mientras espera las resoluciones propias de este nuevo sistema de justicia y paz.

METODOLOGÍA

El marco jurídico de la justicia de transición con énfasis al caso colombiano, tiene tres ejes temáticos importantes, los dos primeros esbozados al desarrollo del campo teórico y el último capítulo aterrizado extraído, para la aplicación al caso colombiano en concreto.

El primer capítulo presenta una visión teórica de los fundamentos jurídico del interés de justicia y como desde la academia se deben ver incursos los procesos de justicia transicional.

Ya el segundo aspecto teórico busca ver como un eventual proceso de paz se ve reflejado con la intervención de la Corte Penal Internacional, con el fin de proteger y no dejar florecer la impunidad.

Y el último capítulo, ya del caso concreto colombiano, más que una crítica es un punto de partida de que es lo que se está realizado bien y qué no se está realizando de adecuada manera.

Kai Ambos trabaja relacionando casos concretos con las leyes de índole internacional, no solo busca que el lector entienda los aspectos teóricos, sino que el principal fin que busca es que el lector pueda interconectar ideas para ver de una manera más clara como se está relacionando en la realidad del caso colombiano.

CONCLUSIÓN

La justicia de transición no se puede reducir a un concepto abstracto e intangible, ya que debido a las condiciones políticas, sociales y económicas que el mundo contemporáneo vive, cobra mayor vigencia, en cuanto a la necesidad de aplicar mecanismos excepcionales por ella contemplados, sujetas a normas del derecho penal internacional. Después de realizada una discusión dogmática, vinculado directamente con la realidad Colombiana se revela la importancia de construir un teoría jurídica dinámica, que se adapte a cada modelo estatal y no se consolide solo para uno en especial

Se demuestra como a la Corte Penal Internacional es una institución muy joven y que en muchas circunstancias les faltan herramientas para poder castigar no solo a altos mandos, sino también poder ver más allá en la lucha constante de acabar con la impunidad.

COMENTARIOS Y RECOMENDACIONES A LOS LECTORES

Este tipo de documentos puede servir como motivación, para continuar con el estudio del fenómeno de la justicia transicional, dado que este libro no busca cerrar en una camisa de once barras los conceptos y su utilización, sino que busca dar herramientas para entender de forma verídica y jurídica los procesos de paz en el mundo.

Este artículo le dará al lector la posibilidad de entender como el proceso de paz, aunque sean destinados a proteger un valor fundamental, no puede sobrepasar el resto de valores y preceptos. Siempre debe estar sujeta a principios de verdad, reparación y la promesa de que esos eventos no vuelvan a suceder.

Aunque el autor presenta de una forma metodológicamente adecuada los temas, siempre demuestra un sin sabor en algunos casos concretos, por ejemplo en el evento de cómo la Corte Penal Internacional se encuentra destinada en los juzgamientos de altos líderes y dejando por fuera a los mandos medios que paradójicamente son los que más crímenes han efectuado.

Por lo tanto se le recomienda al autor que al momento de leer este libro tenga una mente abierta a diferentes conceptos y deje de lado la llamada justicia mucho más a diferenciar la teoría de la realidad.

REFERENCIAS

BIBLIOGRÁFICAS

AMBOS, Kai. *El Marco Jurídico de la Justicia Transicional, Especial referencia al caso colombiano*. Edición número 1. Bogotá D.C.: Editorial Temis S.A., 2008.

UNIVERSIDAD SERGIO ARBOLEDA. *Consejo consultivo internacional* [Texto en línea]. Fecha de consulta: 19 de abril de 2014. Disponible en: [http://www.usergioarboleda.edu.co/instituto_derechos_humanos/consejo_consultivo_internacional.html].