V ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI MONTEVIDÉU – URUGUAI

DIREITO PENAL E CONSTITUIÇÃO II

FELIX ARAUJO NETO

GILBERTO GIACOIA

GERMÁN ALBERTO ALLER MAISONNAVE

Copyright © 2016 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D598
Direito penal e constituição II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UdelaR/Unisinos/URI/UFSM / Univali/UPF/FURG;

Coordenadores: Felix Araujo Neto, Germán Alberto Aller Maisonnave, Gilberto Giacoia – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-242-2
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Instituciones y desarrollo en la hora actual de América Latina.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Interncionais. 2. Direito penal. 3. Constituição. I. Encontro Internacional do CONPEDI (5. : 2016 : Montevidéu, URU).

CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito
Florianópolis – Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

Universidad de la República
Montevideo – Uruguay
www.fder.edu.uy

V ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI MONTEVIDÉU – URUGUAI

DIREITO PENAL E CONSTITUIÇÃO II

Apresentação

No contexto do V Encontro Internacional do CONPEDI, realizado em Montevideo, de 08 a 10 de setembro de 2016, na perspectiva de integração ampliada na linha da internacionalização, iniciada agora no âmbito latino americano, produz o Grupo de Trabalho de Direito Penal e Constituição II, como resultado, este livro reunindo, de suas atividades constantes da apresentação de artigos afinados pelo viés reflexivo, a partir da base constitucional, da intervenção penal em diferentes segmentos teóricos, voltados à defesa de uma sua cada vez maior legitimação pelos postulados garantistas, dimensionados no permanente conflito entre o jus puniedi versus jus libertatis.

Espaço privilegiado para o desenvolvimento da pesquisa e da investigação científica no âmbito dos programas de pós-graduação em Direito no Brasil, os já tradicionais encontros do CONPEDI ganham nova dimensão, reunindo pesquisadores, além fronteiras, emprestando vivo incremento ao intercâmbio de ideias e experiências e abrindo novas frentes de difusão da produção científica no âmbito internacional.

Assim, neste Grupo de Trabalho (Direito Penal e Constituição II), os pesquisadores se debruçam sobre várias temáticas, indo desde a defesa da ampliação dos mecanismos e instrumentos jurídicos de combate à corrupção, passando pela justiça penal de transição em que se analisam as articulações ao contexto de alguns países da América Latina frente aos conflitos internos, atuação da Corte Penal Internacional em relação à tipificação do delito de agressão, aspectos críticos da Lei Antiterrorismo, fundamentos políticos do Processo de Impeachment em uma visão funcionalista, revisitando a teoria da responsabilidade penal da pessoa jurídica sob nova luz teórica, debatendo a sociedade de risco e o controle social na vertente da dinâmica do ativismo judicial no Brasil, o conceito dogmático da culpabilidade para além de uma estrutura lógico-real (como instituto funcional), o caráter fragmentário da tutela penal ambiental, os fatores criminógenos nas atividades empresariais sob moderna mecânica de controle (compliance), além da problemática da pena e da medida de segurança sob comando dos limites constitucionais flexionados por recentes interpretações pretorianas pelo STF em detrimento do postulado da liberdade, trazendo como pano de fundo as cortinas da doutrina dos direitos humanos.

Textos todos produzidos por valorosos autores comprometidos como os valores acadêmicos, os ideais de justiça e a responsabilidade científica que se exige do estudioso do Direito, muito mais ainda nos dias de hoje.

Enfim, mais uma vez, esta publicação, junto a de outros artigos apresentados e debatidos nos Grupos de Trabalho deste V Encontro Internacional, coloca o CONPEDI em posição de destaque, pois à frente de expressiva conquista, protagonizando valioso contributo à pós-graduação, pesquisa e extensão na área do Direito e, assim, prosseguindo firme em seu belo destino institucional.

Prof. Dr. GILBERTO GIACOIA - Doutor em Direito, procurador de justiça do Ministério Público do Paraná e professor associado da Universidade Estadual do Norte do Paraná

Prof. Dr. GERMAN ALLER - Doutor em Direito, advogado e professor da Universidad de la República do Uruguai

Prof. Dr. FELIX ARAÚJO NETO - Doutor em Direito, advogado professor da Universidade Estadual da Paraíba E FACISA

CONSTITUCION Y JUSTICIA TRANSICIONAL: PERSPECTIVA HISTORICA Y REFLEXION DESDE LA TEORIA DE JUSTICIA LIBERAL A LA “JUSTICIA Y PAZ” EN COLOMBIA

CONSTITUTION AND TRANSITIONAL JUSTICE: HISTORICAL PERSPECTIVE AND REFLECTION FROM THE THEORY OF LIBERAL TO JUSTICE "JUSTICE AND PEACE" IN COLOMBIA

Edgar Castro Lasso

Resumo

Se analiza la historia de la justicia transicional, su origen y experiencias de Latinoamérica, Sudáfrica y Europa Oriental, que pasan de una dictadura a una democracia y de un conflicto armado interno a un acuerdo de paz. Colombia, más de cincuenta años de conflicto armado, inicio los diálogos de paz entre el Gobierno y guerrilla FARC-EP (Marco Jurídico de la Paz) . Se considera la justicia distributiva como idea intelectual, visión de sociedad, virtud, servicio y guía de política pública.

Palavras-chave: Constitución, Justicia transicional, Acuerdo

Abstract/Resumen/Résumé

The history of transitional justice, its origin and experiences in Latin America, South Africa and Eastern Europe are analyzed throughout the transition of a dictatorship to a democracy and from an internal armed conflict to a peace agreement. Colombia, more than fifty years of armed conflict, initiated peace talks between the government and FARC-EP guerrillas (The Legal Framework for Peace) . Distributive justice is considered as an intellectual idea vision of society, virtue, service and guide public policy.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Constitution, Transitional justice, Agreement

ASPECTOS HISTÓRICOS DE LA JUSTICIA TRANSICIONAL

Origen del Tribunal de Nüremberg

Su origen, el Tribunal ad hoc de Nüremberg, creado por el acuerdo de Londres del 8 de agosto 1945[1] por el Gobierno de los Estados Unidos de América, el Gobierno Provisional de la República Francesa, el Gobierno del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y el Gobierno de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas que actúan en interés de todas las Naciones Unidas y por sus representantes debidamente autorizados para el enjuiciamiento de los acusados que cobró la vida de millones de judíos. Harry Truman, ex presidente de los Estados Unidos Norteamericanos, nombró al juez federal americano Robert H. Jackson, quien fue abogado fiscal acusador principal por parte de los Estados Unidos durante el proceso, se hizo cargo total de la organización del juicio Cada una de las cuatro grandes potencias (Francia se había integrado dentro de este grupo) nombró a un juez principal y uno suplente.

Naturaleza

Posee, quiérase o no, todos los criterios de una jurisdicción de excepción. […] El Tribunal de Nüremberg no estaba solamente limitado ratione loci, extendiéndose sólo a los países europeos, sino más grave aún era su limitante ratione materiae. El Tribunal sólo era competente para conocer de infracciones durante la Segunda Guerra Mundial, y circunscritas éstas en forma arbitraria a lo estipulado por el artículo 6o. del Estatuto. Fue creado por el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, los Estados Unidos de América, Francia y la Unión Soviética mediante un acuerdo firmado en Londres el 8 de agosto de 1945[2]. El Estatuto de Nüremberg figuraba en el anexo al Acuerdo de Londres y formaba parte integrante de dicho Acuerdo. Posteriormente adhirieron al Acuerdo varios otros Estados[3][…]

Jurisdicción

El Estatuto facultó, al Tribunal de Nüremberg para juzgar y castigar a las personas que, actuando en interés de los países del Eje europeo, hubiesen cometido crímenes contra la

[1] Acuerdo del 8 de agosto de 1945; página de la Universidad de Yale, proyecto Avalon donde se encuentran todos los documentos relacionados con estos juicios.

[2] Acuerdo para el establecimiento de un Tribunal Militar Internacional encargado del juicio y castigo de los principales criminales de guerra del Eje europeo, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 82, pág. 279 [en adelante denominado Acuerdo de Londres]; Estatuto del Tribunal Militar Internacional, ibid., pág. 284 [en adelante denominado Estatuto de Nüremberg].

[3] Australia, Bélgica, Checoslovaquia, Dinamarca, Etiopía, Grecia, Haití, Honduras, India, Luxemburgo, Países Bajos, Nueva Zelandia, Noruega, Panamá, Paraguay, Polonia, Uruguay, Venezuela y Yugoslavia.

paz, entre ellos, el de planear, preparar, iniciar o hacer una guerra de agresión o una guerra que viole tratados, acuerdos o garantías internacionales o participar en un plan común o conspiración para la perpetración de cualquiera de los actos indicados[4].

La acusación

En el Estatuto de Nüremberg, se creó el Comité para la Investigación y el Enjuiciamiento de los principales criminales de guerra, integrado por los Fiscales principales designados por los cuatro Estados signatarios[5]. El Comité aprobó la acusación contra los imputados designados como principales criminales de guerra[6].

Logros

[… Respecto a la efectividad del tribunal, se puede destacar que se logró juzgar y condenar de facto a muy pocos dirigentes nazis, toda vez que para estos procesos no existía una normatividad internacional previa que permitiera estos juicios, por lo que se creó transitoriamente este tribunal, con el fin único de condenar mediante una justicia retributiva, a los autores de estos hechos, que en ese momento no se configuraban como crímenes por ninguna legislación, esto es, crímenes contra la paz y seguridad internacional. Este tribunal constituye una de los precedentes más representativos del nacimiento y construcción del Derecho Penal Internacional, a partir de la

---

[4] El artículo 6 del Estatuto de Nüremberg disponía lo siguiente:
"*Artículo 6.* El Tribunal creado por el acuerdo mencionado en el artículo 1 del presente Estatuto para el juicio y castigo de los principales criminales de guerra de los países del Eje europeo será competente para juzgar y castigar a las personas que, actuando en interés de los países del Eje europeo, a título individual o en carácter de miembros de organizaciones, hayan cometido alguno de los crímenes siguientes.
Todos y cada uno de los actos siguientes son delitos sobre los que tiene competencia el Tribunal y entrañarán responsabilidad individual:
a) Delitos contra la paz: A saber, planear, preparar, iniciar o hacer una guerra de agresión o una guerra que viole tratados, acuerdos o garantías internacionales o participar en un plan común o conspiración para la perpetración de cualquiera de los actos indicados.

[5] Estatuto de Nüremberg, art. 14.

[6] Los cargos tercero y cuarto comprendían las imputaciones relativas a los crímenes de guerra y a los crímenes de lesa humanidad, respectivamente. Tribunal Militar Internacional, Acusación N° I, Estados Unidos de América, República Francesa, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, y Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas – contra - Hermann Wilhelm Göring, Rudolf Hess, Joachim von Ribbentrop, Robert Ley, Wilhelm Keitel, Ernst Kaltenbrunner, Alfred Rosenberg, Hans Frank, Wilhelm Frick, Julius Streicher, Walter Funk, Hjalmar Schacht, Gustav Krupp von Bohlen und Halbach, Karl Dönitz, Erich Raeder, Baldur von Schirach, Fritz Sauckel, Alfred Jodl, Martin Bormann, Franz von Papen, Artur Seyss-Inquart, Albert Speer, Constantin von Neurath y Hans Fritzsche, individualmente y en su carácter de miembros de cualquiera de los grupos u organizaciones siguientes a los que respectivamente pertenecieron, a saber: Die Reichsregierung (Gabinete del Reich); Das Korps der Politischen Leiter der Nazionalsozialistischen Deutschen Arbeiterpartei (Cuerpo de Dirección del Partido Nazi); Die Schutzstaffeln der Nazionalsozialistischen Deutschen Arbeiterpartei (comúnmente conocidas como las "SS") e incluso Die Sicherheitsdienst (comúnmente conocida como la "SD"); Die Geheimestaatspolizei (Policía Secreta del Estado, comúnmente conocida como la "Gestapo"); Die Sturmabteilungen der N.S.D.A.P. (comúnmente conocidas como las "SA") y el Estado Mayor y el Alto Mando de las Fuerzas Armadas Alemanas, en todos los casos en la forma en que fueron definidos en el Apéndice B. Trial of War Criminals, Documents, Department of State, Publication 2420, United States Government. Printing Office, 1945 [en adelante denominado Acusación de Nüremberg].

normativización de los Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario […].

ANTECEDENTES RECIENTES DE LA JUSTICIA TRANSICIONAL

En la segunda mitad del siglo XX, algunos Estados africanos, latinoamericanos, asiáticos y europeos han vivido procesos de transición política a la democracia y a la paz, y han ensayado diversas fórmulas para combinar verdad, memoria, castigo, depuración, reparación, reconciliación, perdón y olvido. Se deseaba hacer frente a los abusos sistemáticos de los regímenes anteriores, pero sin poner en peligro las transformaciones políticas en marcha, cambios conocidos como "transiciones a la democracia", y se llamó "justicia transicional".

Los gobiernos adoptaron enfoques básicos para la justicia transicional: acciones penales, comisiones de la verdad, programas de reparación, justicia de género, reforma institucional, iniciativas de conmemoración. Otras sociedades han desarrollado otros enfoques creativos para superar los abusos del pasado, razón por la cual el campo ha ganado fuerza y diversidad a través de los años[7].

EXPERIENCIAS DE TRIBUNALES AD HOC

Burundi. [...] por un grave conflicto armado entre la mayoría Hutu y la minoría Tutsi. Mediante la interposición de fuerzas de paz de la Unión Africana y de la ONU, se alcanzaron el Acuerdo de Paz y Reconciliación de Arusha en agosto de 2000, que dispuso la protección de los Tutsis contra el genocidio y de los Hutus contra la exclusión, y el Protocolo de Pretoria en octubre de 2003, que creó tres nuevas instituciones (el Tribunal Constitucional, el Tribunal Supremo y el Ombudsman o Defensor del Pueblo) para la recuperación del Estado de derecho y la reparación de las víctimas[…].

Bosnia Herzegovina. El conflicto armado en la península balcánica, que marco la disolución de la antigua Yugoslavia, y dio lugar a la comisión de crímenes graves contra el derecho internacional,[…] indujeron a la creación del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas en

[7] El Centro Internacional para la Justicia Transicional (ICTJ por sus siglas en inglés) apoya a países que luchan contra la impunidad, en la búsqueda por enfrentar el legado de crímenes masivos y atribuir responsabilidades por violaciones de los derechos humanos ocurridos en el pasado. El Centro actúa en sociedades que emergen de gobiernos autoritarios o de conflictos armados, en el esfuerzo por consolidar la institucionalidad democrática. www.ictj.org/es/

1994. Con la intervención de la ONU y de la OTAN, se alcanzaron los acuerdos de paz de Washington (marzo de 1994), Dayton (noviembre de 1995) y París (diciembre de 1995) entre Bosnia Herzegovina, Croacia y Serbia, que pusieron fin a las hostilidades, establecieron las fronteras entre los nuevos Estados y entre sus comunidades étnicas, y crearon un marco institucional, para el esclarecimiento de la verdad, la sanción de los responsables y la reparación de las víctimas […].

Camboya. Por razones ideológicas en uno de los mayores genocidios del siglo XX, la reciente puesta en marcha del esquema de justicia transicional acordado entre el gobierno de Pnom Penh y la ONU para el esclarecimiento, la sanción y la reparación de los crímenes del período 1975-1979 […] Bajo la denominación de "Salas Extraordinarias en los Tribunales de Camboya", el sistema judicial de transición está integrado por un fiscal camboyano, un fiscal extranjero, diecisiete jueces camboyanos y doce jueces extranjeros; tiene un mandato de tres años; aplica el derecho nacional con el complemento del derecho internacional; y su prioridad es el juzgamiento de los responsables políticos y militares del genocidio[…].

Mozambique. […] una guerra civil que concluyó con el Acuerdo General de Paz de 1992 entre las dos guerrillas históricas, FRELIMO y RENAMO […].

Sierra Leona. […] un conflicto armado concluyo en un Acuerdo de Paz de Lomé en 1999, que dispuso la creación de una Comisión de la Verdad y una Comisión de Derechos Humanos para la reparación de las víctimas, el establecimiento del Tribunal Especial para Sierra Leona en 2002, como resultado de un acuerdo bilateral entre la ONU y el país africano […].

Sri Lanka. Enfrenta un conflicto armado interno desde principios de la década de 1980 con el levantamiento de la guerrilla separatista de los Tigres Tamiles […] En 1997 y 1998, presentaron sus informes cuatro Comisiones de la Verdad, que investigaron denuncias por desapariciones forzadas. Y en 2002, se alcanzó un acuerdo de tregua entre el gobierno de Colombo y los Tigres Tamiles con la mediación de Noruega […].

Sudáfrica. La victoria electoral de Nelson Mandela en 1994, al frente de la mayoría negra, puso fin al régimen de discriminación racial vigente en Sudáfrica desde 1948, que propició innumerables violaciones de los derechos humanos y provocó un boicot internacional reflejado en la Convención contra el apartheid, adoptada por Naciones Unidas en 1973. […] El nuevo gobierno auspició la aprobación por el parlamento de la Ley de Promoción de la Unidad y la Reconciliación Nacional, que creó en diciembre de 1995 una Comisión de Verdad y Reconciliación, y ofrecer una amnistía

individual a cada imputado que reconociese públicamente, ante las víctimas y los medios de comunicación, su culpabilidad […]

Timor Oriental. […] Frente a los crímenes del conflicto generado por la ocupación extranjera (Indonesia), entre 1999 y 2000 actuaron dos Comisiones de la Verdad, una bajo el patrocinio de Indonesia y otra bajo el patrocinio de la ONU, que documentaron numerosas violaciones de los derechos humanos, algunas de las cuales se investigan hoy a través de un mecanismo judicial especial auspiciado por Naciones Unidas y conocido como las "Salas Penales en los Tribunales del Distrito de Dili […]".

Irlanda del Norte. […] combina la lucha contra el colonialismo británico con la pugna entre católicos y protestantes. Tras miles de víctimas y años de negociaciones, la guerrilla independentista del Ejército Republicano Irlandés (IRA) decretó una tregua en 1994, que permitió la firma del Acuerdo de Belfast o del Viernes Santo en 1998, por el cual se adoptó un esquema de gobierno autonómico con la participación de los unionistas protestantes y los independentistas católicos, se estableció un Tribunal Especial para investigar la matanza del Domingo Sangriento (1972), y se crearon una Comisión de Derechos Humanos y una Comisión de Igualdad para atender las reivindicaciones de las víctimas y restablecer el Estado de derecho, con énfasis en la cuestión de la discriminación de las dos comunidades religiosas del Ulster[…].

España. Casi treinta años después de la aprobación mediante referéndum de la constitución democrática del 6 de diciembre de 1978, la monarquía parlamentaria española se acerca con temor y temblor a su segunda transición[8]. […] el gobierno socialista de José Luis Rodríguez Zapatero ha conseguido la aprobación parlamentaria de la llamada Ley de la Memoria Histórica (Ley 52 de 2007). La ley declara la ilegitimidad genérica del régimen franquista y adopta otras medidas muy saludables (como la "desfranquización" de los espacios y monumentos públicos, la apertura de los archivos oficiales, la exhumación de los restos de desaparecidos y ejecutados bajo la supervisión de las administraciones públicas, y la inclusión de nuevas categorías de víctimas en los planes de indemnizaciones), pero no allana de manera clara el camino a la anulación judicial de las sentencias arbitrarias, la sanción penal de los victimarios y la reparación integral de las víctimas[…].

[8] La primera transición española, según un reconocido experto, "la política de 'reconciliación nacional' comportó la amnistía para los antifranquistas y la amnesia para los franquistas, es decir, la renuncia a someter los comportamientos políticos del pasado a procesos judiciales". Josep M. Colomer, *La transición a la democracia: El modelo español*, Editorial Anagrama, Barcelona, 1998, página 177.

El Salvador. Para poner fin a la guerra civil el gobierno y la guerrilla del Frente Farabundo Martí de Liberación Nacional firmaron varios acuerdos: sobre negociaciones de paz en Ginebra (abril de 1990) y Caracas (mayo de 1990), sobre derechos humanos en San José (julio de 1990), sobre reforma constitucional y Comisión de la Verdad en México (abril de 1991), sobre depuración del ejército en Nueva York (septiembre de 1991), y sobre paz en Nueva York (diciembre de 1991) y Chapultepec (enero de 1992). [,,,] El proceso de transición contó con la supervisión de la ONU y de la OEA, y se tradujo en la creación de una Comisión de la Verdad, de tres miembros no salvadoreños designados por el Secretario General de las Naciones Unidas […]

Guatemala. El conflicto armado se saldó en "actos de genocidio". […]Tras ocho años de negociaciones entre el gobierno y las organizaciones guerrilleras, se suscribieron el Acuerdo de Derechos Humanos de 1994, que dio paso a la Misión de las Naciones Unidas para Guatemala (MINUGUA), Acuerdo de Paz Firme y Duradera puso en vigor el armisticio entre las partes contendientes y estableció la Comisión de Esclarecimiento Histórico; y once acuerdos complementarios. El Estado todavía incumple sus obligaciones internacionales en materia de castigo de los responsables y reparación de las víctimas, y la violencia social […].

Chile. La dictadura de Pinochet (1973-1990), responsable de ejecuciones extrajudiciales y desapariciones forzadas, decretó una amnistía general en 1978, que ha sido condenada con energía por los órganos de control y vigilancia del sistema interamericano de derechos humanos. […] En 1990, a resultas de la derrota electoral de Pinochet, el primer gobierno de la transición a la democracia estableció la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación o Comisión Rettig, de ocho miembros, que documentó más de dos mil violaciones individuales de los derechos humanos, imputables al régimen militar. Y en 2004, el gobierno de Ricardo Lagos creó la Comisión para la Prisión Política y los Torturados bajo la consigna de "No hay mañana sin ayer" […]

Argentina. A las atrocidades perpetradas por agentes estatales durante la dictadura que asoló el país entre 1976 y 1983, el primer gobierno de transición democrática estableció en 1984 una Comisión de la Verdad (la llamada Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas, CONADEP, presidida por el escritor Ernesto Sábato), […] pero la presión del ejército y la debilidad de la democracia dieron pie a las leyes de "punto final" (1986) y "obediencia debida" (1987) en el gobierno de Raúl Alfonsín, y al indulto de los mandos militares (1990) en el gobierno de Carlos Menem, que dejaron en la impunidad los crímenes de la dictadura. Bajo la administración de Néstor Kirchner y

tras la renovación de la Corte Suprema, las medidas de impunidad han sido declaradas nulas por el Congreso en general y por los jueces en particular, se han abierto o reabierto numerosos procesos por los abusos del pasado, incluidos los "juicios de la verdad" para esclarecer la suerte de los ejecutados y desaparecidos, y se han pagado indemnizaciones a muchas de las víctimas y sus familias […].

Colombia., la primera experiencia aparente de justicia transicional de que puede hablarse, en principio, es el proceso de desmovilización de los escuadrones de la muerte o grupos paramilitares de extrema derecha Tras más de cincuenta años del conflicto armado interno provocado por el alzamiento de las guerrillas de las FARC-EP en 1964 y del ELN en 1965, y caracterizado por una pugna de legitimidades que se traduce cada vez más en una degradación creciente de las hostilidades en detrimento de la población civil no combatiente que adelanta el gobierno conservador del presidente Álvaro Uribe Vélez desde hace dos años con fundamento en la Ley 975 de 2005, más conocida como la Ley de Justicia y Paz. Pero esta iniciativa no fue consultada con las víctimas del conflicto, ha sido severamente recortada por la Corte Constitucional, suscita el recelo de la opinión pública internacional y la oposición de la comunidad de derechos humanos, y su único resultado positivo aunque involuntario hasta ahora ha sido el estallido del escándalo de la "parapolítica" o infiltración de los grupos paramilitares en los partidos políticos y en las administraciones públicas.

ESTRUCTURA TERMINOLOGICA COMÚN PARA LAS NACIONES UNIDAS EN EL ÁMBITO DE LA JUSTICIA.

Para entender la labor de la comunidad internacional para afianzar los derechos humanos y actuar con eficacia en este ámbito, resultan esenciales, para llegar a una interpretación común de los conceptos fundamentales.

Estado de derecho": Se refiere a un principio de gobierno según el cual todas las personas, instituciones y entidades, públicas y privadas, incluido el propio Estado, están sometidas al imperio de la ley que se promulgan públicamente, se hacen cumplir por igual y se aplican con independencia, además de ser compatibles con las normas y los principios internacionales de derechos humanos.

La "justicia" es un ideal de responsabilidad y equidad en la protección y reclamación de los derechos y la prevención y el castigo de las infracciones. La justicia implica tener en cuenta los derechos del acusado, los intereses de las víctimas y el bienestar de la sociedad en su conjunto.

La "justicia de transición" que se examina en el presente informe abarca 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. Tales mecanismos pueden ser judiciales o extrajudiciales y tener distintos niveles de participación internacional (o carecer por complejo de ella) así como abarcar el enjuiciamiento de personas, el resarcimiento, la búsqueda de la verdad, la reforma institucional, la investigación de antecedentes, la remoción del cargo o combinaciones de todos ellos.

¿QUÉ ES LA JUSTICIA TRANSICIONAL?

Bajo este neologismo tomado de la lengua inglesa se conoce hoy todo el conjunto de teorías y prácticas derivadas de los procesos políticos por medio de los cuales las sociedades tratan de ajustar cuentas con un pasado de atrocidad e impunidad, y hacen justicia a las víctimas de dictaduras, guerras civiles y otras crisis de amplio espectro o larga duración, con el propósito de avanzar o retornar a la normalidad democrática. En el texto analítico más importante que se ha publicado en este campo durante las últimas décadas, el sociólogo noruego **Jon Elster** afirma que "la justicia transicional está compuesta de los procesos penales, de depuración y de reparación que tienen lugar después de la transición de un régimen político a otro" y agrega, en lo que él mismo llama "la ley de la justicia transicional", que "la intensidad de la demanda de retribución disminuye con el intervalo de tiempo entre las atrocidades y la transición, y entre la transición y los procesos judiciales[9]." El pensador estadounidense **Michael Walzer,** por su parte, emplea la fórmula latina jus post bellum [el derecho, o la justicia, tras la guerra] para aludir a la misma cuestión, a la cual considera tributaria de la doctrina de la guerra justa[10].

¿QUÉ DEBE HACER UNA SOCIEDAD FRENTE AL LEGADO DE GRAVES VIOLACIONES DE LOS DERECHOS HUMANOS, CUANDO SALE DE UNA GUERRA CIVIL O DE UNA DICTADURA? ¿DEBE CASTIGAR A LOS

[9] Jon Elster, Closing the books: Transitional justice in historical perspective, Cambridge University Press, Cambridge, 2004, páginas 1 y 77 [Traducción española de Ezequiel Zaidenwerg: Rendición de cuentas: La justicia transicional en perspectiva histórica, Katz Editores, Buenos Aires, 2006, páginas 15 y 97].

[10] Michael Walzer, Reflexiones sobre la guerra, Ediciones Paidós, Barcelona, 2004, páginas 18, 169, 170, 172 y 174.

RESPONSABLES? ¿DEBE OLVIDAR TALES ABUSOS PARA FAVORECER LA RECONCILIACIÓN?

Las respuestas a estas preguntas dependen de diversos factores que se articulan de distintas formas en cada caso histórico, como lo demuestran experiencias tan diferentes como las de Argentina y Chile, Burundi e Irlanda del Norte, El Salvador y Guatemala, Camboya y Mozambique, Bosnia Herzegovina y Sri Lanka, Sierra Leona y Sudáfrica, Colombia y España. Más allá de la casuística, empero, el desafío fundamental a que se enfrenta hoy la justicia transicional consiste en encontrar un equilibrio razonable entre las exigencias contrapuestas de la justicia y de la paz, entre el deber de castigar el crimen impune y honrar a sus víctimas, y el deber de reconciliar a los antiguos adversarios políticos. Uno de los criterios básicos para alcanzar ese equilibrio entre paz y justicia, entre orden y derechos humanos, entre el partido de Creonte y el partido de Antígo[11], es el llamado "juicio de proporcionalidad", según el cual la restricción de un derecho fundamental (como el derecho de las víctimas a la justicia) sólo es legítima si constituye el medio necesario y suficiente para conseguir un propósito democrático prioritario (como la reconciliación o la paz), siempre que no estén disponibles otros medios menos lesivos de los derechos humanos y que el resultado final del proceso justifique con creces la restricción del derecho[12].

Por tanto, la justicia de transición o justicia transicional, convierte a Colombia en un laboratorio de investigación, y un nuevo y desafiante campo de estudios y experiencias en que convergen la ética, el derecho internacional, el derecho constitucional y la ciencia política para enfrentar el arduo problema de forjar una política de Estado presidida por la justicia como virtud y como servicio público, que garantice verdad y reparación a las víctimas, retribución a los victimarios y reconciliación o paz a la sociedad, de conformidad con el constitucionalismo democrático y con el derecho internacional de los derechos humanos.

Perspectiva del papel de las Naciones Unidas, […] en las operaciones de paz, evalúa múltiples factores, tales como la naturaleza del conflicto subyacente, la voluntad de las partes, los antecedentes de abusos generalizados, la identificación de grupos vulnerables

[11] Si la victoria de Creonte es el origen del Estado, la derrota de Antígona es la invención de la justicia. Edipo Rey de Sófocles.

[12] Rodrigo Uprimny y Luis Manuel Lasso, "Verdad, reparación y justicia en Colombia", en Ernesto Borda Medina y otros, Conflicto y seguridad democrática en Colombia: Temas críticos y propuestas, Fundación Social/Fundación Ebert/Embajada de Alemania, Bogotá, 2004, página 151; y Guillermo Escobar Roca, Introducción a la teoría jurídica de los derechos humanos, CICODE y Trama Editorial, Madrid, 2005, páginas 115 a 118.

como minorías o personas desplazadas, la situación y el papel de la mujer, la situación de los niños, las consecuencias de los acuerdos de paz para el Estado de derecho y la condición y naturaleza de las tradiciones, las instituciones y el sistema jurídicos del país[…].

Apoyo a fin de crear una base nacional para las reformas. […] En última instancia, ninguna reforma del Estado de derecho, reconstrucción de la justicia o iniciativa de justicia de transición puede culminar con éxito y ser duradera si viene impuesta desde el exterior. El papel de las Naciones Unidas y la comunidad internacional debe ser de solidaridad y no de sustitución […].

Reconocer el contexto político. […]A pesar de que las estrategias efectivas para establecer el Estado de derecho han de centrarse necesariamente en los requisitos legales e institucionales, también hay que prestar la atención debida a los elementos políticos. El restablecimiento de los sistemas de justicia, la planificación de las reformas del Estado de derecho y el logro de acuerdos sobre los procesos de justicia de transición son actividades que revisten el más alto interés público. En consecuencia, habrán de ser objeto de consultas y debates públicos y profundos, desde un punto de vista tanto político como técnico […].

Un planteamiento integrado y complementario. La experiencia de Naciones Unidas confirma: […] las estrategias relativas al Estado de derecho y a la justicia, para ser eficaces, deben ser cabales y dar participación a todas las instituciones del sector de la justicia, tanto oficiales como no oficiales, en el desarrollo y la aplicación de un plan estratégico para el sector, controlado y dirigido desde el país. Esas estrategias deben prestar atención a los principios de la justicia, los códigos que los reúnen, las instituciones que los aplican, los mecanismos que controlan su observancia y las personas que deben tener acceso a ellos. Una estrategia cabal también debe prestar atención especial a los abusos cometidos contra los grupos más afectados por el conflicto, como las minorías, los ancianos, los niños, las mujeres, los prisioneros, los desplazados y los refugiados y establecer medidas particulares para su protección e indemnización en procesos judiciales y de reconciliación. […].

Colmar lagunas en el Estado de derecho. […] Después de un conflicto suelen acumularse en el marco jurídico legislativo señales de descuido y distorsión política, suele haber elementos discriminatorios y cumplir muy pocas veces los principios internacionales de derechos humanos y de derecho penal. Las leyes de emergencia y los decretos ejecutivos suelen estar a la orden del día. El restablecimiento de la capacidad y

la legitimidad de las instituciones nacionales es una empresa de largo plazo. Sin embargo, no se puede aplazar la adopción de medidas urgentes para restablecer la seguridad humana, los derechos humanos y el imperio de la ley. Los procesos de desarme, desmovilización y reinserción son uno de los elementos clave de la etapa de transición que media entre el fin del conflicto y el regreso a la normalidad. En realidad, si algún sentido tiene el Estado de derecho es precisamente que nadie está por encima de la ley, ni siquiera el personal de mantenimiento de la paz […].

Establecer sistemas de justicia nacionales. […] Cualquier estrategia eficaz para establecer un sistema de justicia interno tiene que prestar la debida atención a las leyes, los procesos (tanto oficiales como oficiosos) y las instituciones (oficiales o de otro carácter). Es fundamental que la legislación esté en consonancia con las normas internacionales de derechos humanos y obedezca a las necesidades y realidades presentes del país. El núcleo institucional de los sistemas basados en el Estado de derecho consiste en un poder judicial sólido e independiente que tenga las atribuciones necesarias y esté debidamente financiado, equipado y capacitado para promover los derechos humanos en la administración de la justicia. […].

Aprovechar la experiencia de los tribunales penales especiales. […] Los procesos penales son importantes en el contexto de la transición. Promueven la disuasión y constituyen una denuncia pública de las conductas delictivas. Sirven de vía directa para que los autores de delitos respondan por sus actos y se haga justicia para las víctimas. Ahora bien, no resulta sencillo alcanzar y equilibrar los objetivos de la justicia penal y en los períodos de transición hay numerosas limitaciones que reducen su alcance, ya se trate de los recursos, el volumen de casos o el equilibrio del poder político. Por ello la política de enjuiciamiento debe ser estratégica, basarse en criterios claros y tener en cuenta el contexto social. La jurisdicción universal, se ha hecho valer, con mayor o menor éxito, en casos que guardan relación con abusos pasados cometidos en todas las regiones. […]

Apoyar el papel de la Corte Penal Internacional. […] El acontecimiento más destacado en la larga lucha de la comunidad internacional para hacer avanzar la causa de la justicia y el imperio de la ley fue el establecimiento de la Corte Penal Internacional. Aunque el Estatuto de Roma entró en vigor el 1° de julio de 2002, la Corte ya surte un importante efecto al avisar a los infractores que su impunidad no está asegurada y servir de catalizador para la promulgación de leyes nacionales contra los más graves crímenes internacionales. Corresponde al Consejo de Seguridad una función

especial en este sentido, puesto que está facultado para remitir determinadas situaciones a la Corte Penal Internacional aun cuando los países de que se trate no sean Estados partes en el Estatuto de la Corte[…]

Facilitar que se conozca la verdad. […] Otro mecanismo importante para enfrentar los abusos contra los derechos humanos cometidos en el pasado es el de la comisión de la verdad. Estas comisiones son órganos oficiales, temporales y de constatación de hechos que no tienen carácter judicial y se ocupan de investigar abusos de los derechos humanos o el derecho humanitario. […]

Investigación de antecedentes en la administración pública. […] para remover del cargo a quienes hayan estado involucrados en abusos en el pasado es otro componente importante del sistema de justicia de transición para el que a menudo se ha solicitado la asistencia de las Naciones Unidas. Los procesos de investigación contribuyen a la estabilidad del Estado de derecho en los países que salen de conflictos […].

Resarcimiento. […] De hecho, ante la infracción generalizada de los derechos humanos, los Estados tienen la obligación de proceder no sólo contra los autores del delito, sino también a favor de las víctimas —incluso mediante la reparación de los perjuicios. Normalmente se necesitará una combinación adecuada de medidas de reparación, como complemento de los procesos de los tribunales penales y las comisiones de la verdad. Independientemente del sistema de justicia de transición que se adopte y de los programas de reparación complementarios, las demandas de justicia y los dictados de la paz requieren algún tipo de indemnización de las víctimas […].

ENFOQUES SOBRE TEORÍAS DE LA JUSTICIA DISTRIBUTIVA Y LA DESIGUALDAD SOCIAL.

Desde el año 2006, el proceso de paz en Colombia generó mayor información porque se estaban llevando a cabo: (i) reformas jurídicas, (ii) la finalización de la etapa del proceso de desmovilización para dar inicio a las versiones libres, (iii) la Corte Constitucional fallaba sobre la Ley de Justicia y Paz (975 de 2005) y (iv) comienzan las investigaciones y las primeras capturas por la parapolítica. A partir de la sentencia de la Corte Constitucional colombiana C-579 de 2013 sobre el "Marco Jurídico para la Paz", evaluó la constitucionalidad del Acto Legislativo 1 de 2012 que, al incorporar a la Constitución colombiana el artículo transitorio 66, otorgó rango constitucional a mecanismos de justicia transicional y determinó la exequibilidad del inciso 4º del artículo 1º de dicho Acto Legislativo. De dicha sentencia se desprenden importantes

conclusiones sobre el alcance de la justicia transicional, concretamente de la aplicación de criterios de selección y priorización en la judicialización de crímenes internacionales frente a la obligación de investigar y juzgar. Sin embargo, algunos aspectos resultan problemáticos para la comprensión del alcance del Acto Legislativo 1 de 2012 y de expresiones concretas de su articulado. Por un lado, sobre el juicio de sustitución como método de análisis, resulta problemático la forma como la Corte determina que es un pilar fundamental de la Constitución. Por otro lado, resulta deficiente tanto la valoración sustancial, así como el planteamiento metodológico de la justicia transicional como categoría constitucional. Finalmente, en el desarrollo del análisis de sustitución, son cuestionables múltiples consideraciones sobre el significado de terminación del conflicto, las justificaciones a la estrategia de selección y privación, así como las consideraciones sobre sistematicidad de crímenes internacionales y la noción de máximos responsables.

Aquí se examina diversas ideas de la justicia distributiva (o la equidad social): como una idea intelectual, una visión de la sociedad y una guía para la política pública. Se consideran tres enfoques principales de la justicia distributiva: Uno es la perspectiva liberal, en la que se distinguen dos puntos de vista principales: i) el utilitarismo y la moderna economía del bienestar, y ii) la teoría de la justicia de Rawls.

I. LOS LIBERALES: LOS UTILITARISTAS Y LA ECONOMIA DE BIENESTAR

Los principales exponentes de la tradición utilitaria son Adam Smith, Jeremy Bentham, John Stuart Mill, Francis Edgeworth y Wilfredo Pareto, cuyo trabajo se incorporó después al marco formal de la economía del bienestar por obra de Arthur Pigou, Abraham Bergson, Paul Samuelson y otros. Desde el punto de vista metodológico el utilitarismo y la economía neoclásica son individualistas y suponen la elección racional en el sentido moderno de que los individuos maximizan la utilidad, digamos un orden de preferencias muy definido en cierto espacio de bienes[13].Un aspecto central del utilitarismo y la economía del bienestar es que plantean los problemas de la elección social en los mismos términos de la elección individual; en el caso de la sociedad, se ordenan y evalúan estados y políticas distintos en términos de su contribución a la maximización de una función de bienestar para toda la economía. Se paga a los factores productivos de acuerdo con sus productividades marginales, de modo que la

[13] EI individualismo y la racionalidad (neoclásica) no van siempre de la mano. Véase en Hayek (1948) la distinción que establece entre el utilitarismo y el individualismo no utilitarista.

distribución del ingreso refleja las capacidades personales, el esfuerzo y las dotaciones de recursos productivos. Se dice que a la teoría le interesa la equidad social en el sentido específico de que incluye todas las funciones de utilidad individuales, cada una de ellas dotada de igual peso, en la construcción de la función de bienestar social. Por tanto, al juzgar estados sociales distintos, todos importan y cada persona cuenta lo mismo. Lo que se busca es maximizar la utilidad total en la sociedad[14].Se descartan las comparaciones interpersonales de la utilidad y se utilizan los criterios de Pareto para evaluar diversas posiciones sociales. Como veremos con la teoría de la Justicia de Rawls, este procedimiento no es inocuo para la alteración de las distribuciones iniciales del ingreso y la riqueza.

La teoría ha sido objeto de diversas críticas negativas. Dos de ellas son en particular importantes. La primera sostiene que no puede construirse un ordenamiento de las preferencias sociales que satisfaga ciertas condiciones básicas (el teorema de la imposibilidad de Arrow[15]). La segunda objeción y quizá la más importante desde una perspectiva ética, es que si se plantea el problema de la elección social en términos de la maximización de una función de bienestar social podrán tolerarse distribuciones del bienestar individual que son muy injustas o regresivas desde una perspectiva distributiva. La crítica igualitaria contra el utilitarismo sostiene que éste se preocupa sólo por la utilidad total en la sociedad (la suma de las utilidades individuales) y no por la manera como se distribuya entre sus miembros[16].

II. LOS LIBERALES: TEORIA DE LA JUSTICIA DE RAWLS

Una alternativa al utilitarismo (y la economía del bienestar) en la tradición liberal es la teoría de la justicia elabora da por John Rawls, que está muy influida por filósofos políticos liberales, como Locke, Rousseau y Kant.

Rawls intenta elaborar una teoría de la justicia que no sea afectada por diferencias iniciales de la riqueza, el status social y los talentos, características que Rawls considera "moralmente arbitrarias", en la adopción de principios generales para la justicia social

[14] La noción utilitarista de que la sociedad debe intentar alcanzar el mayor bien para el mayor número (en palabras de Bentham) puede equivaler a la maximización de los dos objetivos a la vez (véase Roemer, 1996, cap. 4).

[15] Véase Sen (1970, 1979).

[16] En una situación de dos personas, el par de utilidad (1, 99) es indiferente al par (50, 50) para los utilitaristas, ya que generan la misma suma de utilidad total, aunque es obvio que el resultado distributivo de los dos pares de contribuciones de la utilidad es muy diferente (véase Roemer, 1556).

encarnada en un contrato social (en la práctica podría concebirse el contrato social como una constitución o una creación institucional para definir políticas económicas y sociales). Como la teoría de los utilitaristas, la de la justicia de Rawls se basa en el supuesto de la elección racional en el sentido de que los individuos buscarán la realización congruente de sus preferencias. Sin embargo, Rawls se detiene allí y no realiza el salto utilitarista de las preferencias individuales a los sociales expresado en la función del bienestar, un procedimiento que Rawls rechaza categóricamente[17].

Otra diferencia importante entre la teoría de Rawls y el utilitarismo es la sustitución del concepto de la utilidad por los "bienes sociales primarios". Los bienes sociales primarios incluyen (además del ingreso y la riqueza) los derechos políticos básicos: de voz, asociación, participación política, elección a cargos públicos, etc. Entonces, el problema fundamental para Rawls es la elección de un sistema político y económico que asegure el acceso justo de los individuos al sector de bienes sociales primarios.

A fin de asegurar la "justicia" en el resultado de un contrato social justo que gobierne la cooperación entre los individuos, Rawls crea la ficción de la "posición original" de un individuo racional que negocia el contrato social para establecer los principios ‹le un orden social justo. Esa "posición original" estará sujeta a un "velo de ignorancia" y hace a cada negociador individual ignorante de su dotación de riqueza, talento, relaciones sociales y otros atributos que puedan sesgar la negociación en su favor (o en su contra).

En otras palabras, el velo de ignorancia busca evitar una situación en la que los intereses personales de los jugadores, negociadores o legisladores afecten sus posturas en el momento de la elaboración del contrato social. En esa posición, digamos con el velo de ignorancia y la posición original, la elección racional del individuo que negocia el contrato supone dos principios: el primero de ellos requiere la igualdad en la asignación de los derechos básicos (el principio de la libertad) , mientras que el segundo (el principio de la diferencia) sostiene que las desigualdades sociales y económicas sólo podrán justificarse si ofrecen los mayores beneficios a los miembros menos privilegiados de la sociedad, en comparación con cualesquiera otros arreglos institucionales que puedan imaginarse o crearse. Este segundo principio intenta maximizar la posición del individuo o grupo menos privilegiado, en una especie de

[17] Como dice Rawls: "Por tanto, la naturaleza de la recisión tomarla por el legislador ideal no es materialmente diferente... [de la] de un consumidor que decida maximizar su satisfacción mediante la compara de una colección de bienes o de otra... Este enfoque de la cooperación social es la consecuencia de extender a la sociedad el principio de la elección de un solo hornbre... El utilitarismo no toma en serio la distinción existente entre las personas" (1971, p. 27).

procedimiento “maxímin". El principio de la libertad dominara al de la diferencia cuando entre en conflicto. El contrato social que incorpora estos dos principios será justo porque se negoció a partir de un velo de ignorancia en la posición original que evita los contratos que resulten benéficos o perjudiciales para grupos o individuos específicos. Además, este contrato minimiza la posibilidad de ser el menos privilegiado cuando se revelen las dotaciones de riqueza. Asimismo, los principios de la libertad y la diferencia intentan evitar la justificación de las instituciones mediante el argumento de que las penurias de algunos individuos se contrarrestan por un bien mayor en el agregado, corno lo haría un enfoque utilitarista que se base en una función de bienestar social y adopte los criterios de Pareto.

Resulta interesante observar que la teoría de Rawls combina la elección racional (negociadores del contrato social individualista, egoístas) con un concepto moral de la equidad, "la justicia como equidad" garantizada por el supuesto del velo de ignorancia. Una diferencia entre los resultados de la teoría de la justicia de Rawls y la economía del bienestar y el utilitarismo se hace evidente cuando se comparan y evalúan diversas posiciones sociales.

Una situación es superior en el sentido de Pareto, más eficiente, si alguien están mejor sin que empeore la situación de alguien más, independientemente de que la persona que mejora sea rica o pobre. En cambio, en la teoría de Rawls importa la identidad de quien mejora; en general, se preferirá una situación dada a otros relevantes si mejora la situación de los pobres o de los miembros menos prósperos de la sociedad. Está claro que Rawls pone en primer plano las preocupaciones de la distribución.

La teoría de la justicia de Rawls ha sido objeto también de algunas críticas: la noción de que muchos factores que afectan el acceso a los bienes primarios son “moralmente arbitrarios” no considera en gran medida el hecho de que los esfuerzos individuales y la capacidad para aprovechar las oportunidades son factores "moramente responsables". En efecto, la responsabilidad individual ha pasado a ser un concepto fundamental en las teorías modernas de la justicia. Una incongruencia potencial de la metáfora de los negociadores del contrato social con el velo de la ignorancia es que, aunque los negociadores reconocen estos factores “moralmente responsables”, pasan por alto que son “moralmente arbitrarios” (véase Roemer, 1996, cap. 5).

Otra crítica contra Rawls, expresada por Sen, sostiene que los “bienes primarios” podrían no ser la variable que se debe maximizar. Sen sostiene que lo importante para el bienestar es lo que él llama “funcionamiento y capacidad”, algo que se encuentra a entre

los bienes y el bienestar. En efecto, los bienes permiten que los individuos funcionen de varias maneras: que sean, por ejemplo, saludables, etc. El funcionamiento disponible de una persona constituye su capacidad en opinión de Sen; en consecuencia, propone la igualdad de las capacidades antes que la igualdad de resultados, como los bienes primarios, la utilidad y el bienestar.

El propio Rawls examina la mayoría de estas críticas y emprende una revisión personal de la Teory of Justice en su libro más reciente, Politicam Liberalism (1993). La modificación fundamental introducida en este libro es la sustitución de la idea de que una sociedad democrática todos los miembros tienen una visión común del bien social, la que es un ingrediente crítico de la negociación de un contrato social justo, por el reconocimiento de que en una democracia moderna hay diversidad de perspectivas y "doctrinas morales comprensivas" del bien social que amenaza la estabilidad de la democracia y puede impedir la celebración de un contrato social.

Rawls ofrece la solución para este estancamiento potencial al postular un "consenso sobrelapado" entre las diversas concepciones de la sociedad en un conjunto común, o núcleo, de valores morales. Además Rawls introduce la noción de las personas "razonables" que se rigen por normas o reglas, lo que permite la cooperación social. Estos dos conceptos, el " consenso sobrelapado" y el "comportamiento razonable", permiten en opinión de Rawls (1993) una caracterización más realista de una democracia moderna que busca crear instituciones igualitarias y justas.

A MANERA DE CONCLUSIONES:

La búsqueda de justicia y paz, nace y se hace desde el contexto interno concreto, es decir, el acuerdo es producto del Estado -organización de sociedad- y FARC-EP.

La intervención del concierto internacional frente al Estado en procesos de justicia transicional, debe ser como garante de acuerdos de paz.

Los acuerdos de paz y justicia deben priorizar sobre el respeto del Estado de derecho, respeten, incorporen por remisión y apliquen las normas internacionales de imparcialidad, garantías procesales y derechos humanos en la administración de justicia.

Los acuerdos de justicia y paz deben rechazar la amnistía en casos de genocidio, crímenes de guerra o crímenes de lesa humanidad, incluidos los delitos internacionales relacionados con la etnia, el género y el sexo, y se garantice que ninguna amnistía concedida con anterioridad constituya un obstáculo para el enjuiciamiento ante cualquier tribunal creado o asistido.

El Estado debe garantizar que todos los procesos judiciales, tribunales y enjuiciamientos sean creíbles, justos y compatibles con las normas internacionales sobre la independencia y la imparcialidad de la judicatura, la eficacia y la imparcialidad de los fiscales y la integridad del proceso judicial;

Los acuerdos de justicia y paz deben reconocer y respetar los derechos de las víctimas y los acusados, de conformidad con las normas internacionales, prestando especial atención a los grupos más afectados por los conflictos y el quebrantamiento del Estado de derecho, como los niños, las mujeres, las minorías, los prisioneros y las personas desplazadas, y se garantice que los procedimientos de reparación comprendan medidas específicas para su participación y protección.

Sin lugar a dudas, una propuesta como la de John Rawls -La teoría de la justicia- en el contexto de la sociedad del postconflicto Colombiano, como intención de validez la búsqueda de los principios básicos de justicia social, es decir, el establecimiento de los criterios mínimos para llevar a cabo la construcción de una sociedad bien ordenada, basada en la cooperación, y la consecución de una justicia distributiva que surgiría de la aplicabilidad de dichos principios a las instituciones sociales, en un país como el nuestro -que se caracteriza, entre otras cosas, por la ausencia de un "Estado de derecho" y por una lacerante desigualdad social.

BIBLIOGRAFIA

Libros

Calderon Concha, P. (2009). Teoría de conflictos de Johan Galtung. Revista paz y conflictos número 2., pp. 63

Elste, J.T. (2006). Closing the books: Transitional justice in historical perspective. Cambridge University Press. pp.15-17.

Cuervo Criales, B. D. (2014).Origen y fundamentos de la justicia transicional. Revista vínculos vol. 11 número 1

Galtung, J. (1985). Sobre la paz. Barcelona: Editorial Fontamara.

López Martínez, M. (2004). Enciclopedia de paz y conflicto. Granada: Editorial Universidad de Granada.

Solimano, Andrés. Diversas teorías de la justicia distributiva y la desigualdad social. Perspectiva liberal, socialista y 1ibertaria. Andrés Solimano (Editor).

Valencia, Villa Hernando. Diccionario de Derechos Humanos. Espasa. Madrid.2003. https://www.ictj.org/es/

Valencia, Villa Hernando. La ley de Justicia y Paz de Colombia a la luz del derecho internacional de los derechos humanos, Centro de Investigación para la Paz, Madrid, 2005

Instrumentos Internacionales

Los procesos de Nüremberg y Tokio: precedentes de la corte penal internacional. Publicado en Art Iuris, núm. 29, En Universidad Panamericana, 2003. Derecho Internacional Temas Selectos

SGNU (2002): Comisión Preparatoria de la Corte Penal Internacional Grupo de Trabajo sobre el crimen de agresión Nueva York, 8 a 19 de abril de 2002 in. Doc. PCNICC/2002/WGCA/L.1

SGNU (2004): El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos. Informe del Secretario General al Consejo de Seguridad de Naciones Unidas. 3 de agosto de 2004, in. doc. S/2004/616. Pag. 6.

Leyes-Jurisprudencia-Documentos

Ley de Justicia y Paz (975 de 2005).

Acto Legislativo 1 de 2012.

Corte Constitucional, Sentencia C-579 de 2013.

Acuerdo de Londres del 8 de agosto 1945

Constitución Política Colombia [C.N]. Julio 7 de 1991.

Documento conjunto Gobierno Nacional y las FARC-EP. Mesa de Conversaciones de La Habana.

Centro Nacional de Memoria Histórica, El derecho a la justicia como garantía de no repetición. Volumen 1. Graves violaciones de derechos humanos, luchas sociales y cambios normativos e institucionales1985-2012, Bogotá, CNMH, 2015.

Derecho internacional humanitario Conceptos básicos Infracciones en el conflicto armado colombiano. Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los derechos Humanos Primera edición, Bogotá, septiembre de 2007.