

La proporcionalidad como método interpretativo de la justicia transicional

Proportionality as an interpretative method
of transitional justice

La proportionnalité comme méthode interprétative
de la justice transitionnelle

A proporcionalidade como método interpretativo
da justiça transicional

Marvin Octavio Ortiz Agudelo*
orcid.org/0000-0002-9061-1993

* Abogado y Especialista en Derecho Administrativo de la Universidad Pontificia Bolivariana, Medellín, Colombia y Magister en Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario de la Universidad de Medellín, Medellín, Colombia. Contacto: Marvin.ortiz.a@gmail.com

Cómo citar este artículo:

Ortiz, M. (2018). La proporcionalidad como método interpretativo de la justicia transicional. *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, 48 (129), pp. 507-548.

Recibido: 13 de abril de 2018.

Aprobado: 20 de junio de 2018.

Resumen

La justicia transicional es un mecanismo orientado a la solución de un conflicto que ha generado graves violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario. La justicia transicional presenta un dilema entre la necesidad de vivir la paz y la de realizar justicia. La paz y la justicia, como derechos humanos, son normas que pretenden una realización ideal, por lo que ante la pretensión de realizar varios de ellos en un mismo caso entran en pugna. Dada la imposibilidad de prescindir de la paz o la justicia, ambos derechos deben ser interpretados y aplicados de la manera más óptima permitida por las circunstancias. Debido a la necesidad de superar el conflicto, este problema requiere una solución acuciante para aunar los intereses de los ciudadanos y permitir la reconciliación. Por ejemplo, en Colombia la sociedad se encuentra manifiestamente dividida entre la paz y la justicia. La proporcionalidad ofrece un recurso interpretativo idóneo a este óbice, al ser un método que atiende el contexto y pretende la realización idílica y óptima de los derechos humanos. Por lo que su uso para el estudio de los mecanismos transicionales resulta imperativo en aras de permitir la realización de la paz y la justicia.

Palabras clave

Justicia transicional, interpretación, proporcionalidad, justicia, paz, derechos humanos.

Abstract

Transitional justice is a mechanism aimed at solving a conflict that has generated serious violations of human rights and international humanitarian law. Transitional justice presents a dilemma between the need to live peace and the need to achieve justice. Peace and justice, as human rights, are norms that seek an ideal realization, so before the claim to make several of them in the same case they come into conflict. Given the impossibility of dispensing with peace or justice, both rights must be interpreted and applied in the most optimal manner allowed by the circumstances. Due to the need to overcome the conflict, this problem requires a pressing solution to unite the interests of citizens and allow reconciliation. For example, in Colombia society is manifestly divided between peace and justice. Proportionality offers a suitable interpretive resource to this obstacle, as it is a method that addresses the context and seeks the idyllic and optimal realization of human rights. So its use for the study of transitional mechanisms is imperative in order to allow the realization of peace and justice.

Key words

Transitional justice, interpretation, proportionality, justice, peace, human rights.

Résumé

La justice transitionnelle est un mécanisme orienté vers la résolution d'un conflit qui a généré de graves violations des droits de l'homme et du droit international humanitaire. Elle présente un dilemme entre la nécessité de vivre en paix et celle d'appliquer la justice. La paix et la justice, comme droits de l'homme, sont des normes qui visent une réalisation idéale, de sorte que devant la prétention de réaliser plusieurs de ceux-ci sur un même cas elles entrent en conflit. Etant donné l'impossibilité de se passer de la paix ou de la justice, ces deux droits doivent être interprétés et appliqués de la manière la plus optimale étant données les circonstances. En raison de la nécessité de surmonter le conflit, ce problème requière une solution urgente afin de rassembler les intérêts des citoyens et permettre la réconciliation. Par exemple, en Colombie la société se trouve réellement divisée entre la paix et la justice. La proportionnalité offre une source d'interprétation idéale à ce problème en tant que méthode répondant au contexte et prétendant la réalisation idyllique et optimale des droits de l'homme. C'est pour cette raison que son utilisation pour l'étude des mécanismes transitionnels semble impérative dans le souci de permettre la réalisation de la paix et de la justice.

Mots clés

Justice transitionnelle, interprétation, proportionnalité, justice, paix, droits de l'homme

Resumo

A justiça transicional é um mecanismo orientado à solução de um conflito que tem gerado graves violações aos direitos humanos e ao direito internacional humanitário. A justiça transicional apresenta um dilema entre a necessidade de viver a paz e a de realizar justiça. A paz e a justiça, como direitos humanos, são normas que pretendem uma realização ideal, pelo que ante a pretensão de realizar vários deles em um mesmo caso entram em pugna. Dada a impossibilidade de prescindir da paz ou a justiça, ambos direitos devem ser interpretados e aplicados da maneira mais ótima permitida pelas circunstâncias. Devido à necessidade de superar o conflito, este problema requer uma solução urgente para aunar os interesses dos cidadãos e permitir a reconciliação. Por exemplo, em Colômbia a sociedade encontra-se manifestamente dividida entre a paz e a justiça. A proporcionalidade oferece um recurso interpretativo idôneo a este óbice, ao ser um método que atende o contexto e pretende a realização idílica e ótima dos direitos humanos. Pelo que seu uso para o estudo dos mecanismos transicionais resulta imperativo em ara de permitir a realização da paz e a justiça.

Palavras-chave

Justiça transicional, interpretação, proporcionalidade, justiça, paz, direitos humanos.

Introducción

La sociedad conoce la guerra desde sus orígenes hasta hogaño, las vías de hecho han sido un recurso constante en las relaciones personales y sociales de los seres humanos, las causas son múltiples, tanto étnicas o religiosas, como ideológicas o independentistas. Los procesos de violencia y paz han variado a través de la historia. En este sentido, en el Siglo XX la humanidad conoció los derechos humanos, que modifican notablemente el curso de la guerra y la pacificación. La realización de los derechos humanos es imperativa, inclusive en circunstancias excepcionales, su materialización tiene que ser cierta, pero no absoluta.

Ante la posibilidad política de acabar la guerra y transitar a la paz, emana una colisión principalmente de dos derechos, ambos de ellos inherentes a los seres humanos: el derecho a la Justicia y el derecho a la Paz¹. Una parte de la sociedad en conflicto reclama vehementemente la aplicación de la justicia ordinariamente considerada, esta es, la justicia ya imperante en el sistema penal. Sin embargo, la otra parte, exige la realización de la paz como un imperativo insubrogable. Constituyéndose este en uno de los ejes centrales de la negociación y posteriormente, de la aplicación.

Maria Saffon considera que:

“el reto de la justicia transicional consiste en la tarea de resolver la tensión entre derechos de las víctimas y el contexto político de tratamiento benévolo a victimarios para el cese de hostilidades.” (Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Javeriana, Instituto Pensar, 2011).

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) y el Derecho Internacional Humanitario (DIH) mediante sendas normas se han encargado de regular las situaciones bélicas, estableciendo obligaciones a cargo de los Estados y derechos a favor de las víctimas. Por lo tanto, la Justicia Transicional, más que reconocer o no la existencia de tales normas y cuáles deben ser (o no) aplicadas a estas circunstancias (Carlos Bernal Pulido, 2016), tiene su *nudo gordiano* en analizar cuanta flexibilidad soportan los derechos y las obligaciones preestablecidas, para encontrar el balance entre la maximización del derecho a la paz, sin perjudicar desproporcionalmente el derecho a la justicia.

1 La UNESCO a sostiene que “La paz no es solamente un valor que deba regir las relaciones internacionales. La paz es también un derecho humano del que todas las personas, los grupos y los pueblos somos titulares: todos y todos tenemos derecho a vivir en paz”

Así, ante la necesidad de esclarecer cuál es el camino que se debe transitar para llegar a una solución eficiente, eficaz y enfrentar la dicotomía que, como una espada de Damocles, vislumbra imperioso sacrificar la paz o la justicia. Se convierte vital emprender la misión de satisfacer la necesidad hermenéutica de la justicia transicional y encontrar la solución a este conflicto para no errar en su interpretación y no desaprovechar los alcances que podría tener un proceso de justicia transicional en una sociedad como la colombiana. Pero es imprescindible poseer un instrumento eficaz para la aplicación de la Justicia Transicional. Se debe comprender al respecto, que en la justicia transicional convergen principalmente dos derechos valores: por una parte la Justicia, como valor social protector de los derechos a favor de las víctimas, y la sociedad que indirectamente ha sufrido los efectos del conflicto y como deber del Estado de garantizar su realización. Por otra parte, el derecho y valor de la Paz a favor de la sociedad y el deber del Estado a garantizarlas. Esta dupla, son mandatos cuya aplicación absoluta es utópica y su aplicación a un caso concreto requiere de un análisis razonable en procura de su correcta interpretación.

Este enfrentamiento debe ser atendido con un juicio profundo y razonable, el profesor Robert Alexy, en sus estudios sobre hermenéutica constitucional, defiende un mecanismo para compadecer principios fundamentales, llamado juicio de proporcionalidad. Por lo que resulta oportuno asistir a este juicio para encontrar el punto de encuentro entre los principios en conflicto. Se deben tener en cuenta los elementos del juicio de proporcionalidad y construir una salida a la tensión entre los derechos encontrados en aras de lograr el resultado de la reconciliación y transitar a la paz.

Ante las circunstancias, el principio de proporcionalidad se constituye en un recurso razonable mediante el empleo de los elementos compositivos del test de proporcionalidad. Estos son; la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad *stricto sensu*. La idoneidad es la adecuación al fin, si es la medida más adecuada para alcanzar el fin de la paz. La necesidad de utilizarse un medio para conseguir el fin propuesto. Y la proporcionalidad en sentido estricto es el juicio de ponderación donde se equilibren las afectaciones a cada uno de los derechos en tensión.

Adeuar estos principios a los derechos en conflictos y al contexto colombiano comprende tomar, por una parte la justicia, con toda la profundidad expuesta, esto es, considerársele como un derecho y fin último de la vida en sociedad social, incorporando en ella el derecho a la verdad, a la reparación, al castigo de los responsables y a garantizarse no repetición. Por otra parte, el derecho a la

paz, una *conditio sine qua non* para la aplicación de los derechos fundamentales y que su realización es basilar para la efectividad de los otros derechos, también un fin de la convivencia humana, inclusive un fin más último que la justicia, si asumimos la justicia como un medio para la paz.

Encontrar una solución será el reto del presente artículo, que pretende proponer el test de proporcionalidad como una herramienta racional e idónea para la optimización² de ambos derechos (Alexy, Dignidad Humana y Proporcionalidad., 2015). Esto es, realizándolos de la mejor manera posible.

La justicia transicional

Origen

El estudio histórico de los mecanismos implementados para superar los conflictos ha permitido categorizar los procesos de transición. Ruti Teitel, en su “*Genealogía de la Justicia Transicional*” estructuró los procesos de transición acaecidos desde la segunda mitad del Siglo XX en tres generaciones. Siendo la primera aquella que agrupa el proceso post Segunda Guerra, cual llevó a la creación del Tribunal *ad hoc* de Núremberg para judicializar y sancionar a quienes, por parte del bando vencido, cometieron crímenes de relevancia para los derechos humanos y el derecho internacional humanitario. La característica que lo constituye como la primera fase de la justicia transicional es la imposición judicial de la “justicia de los vencedores” y la aplicación retroactiva de las normas sobre derechos humanos.

El inicio de la Guerra Fría pasmó cualquier nuevo intento de crear un tribunal de parte de la cooperación internacional. Por más de cuarenta años, hasta la creación del Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia y Ruanda a mediados de los años 90 por el Consejo de Seguridad de la ONU.

La segunda generación de la justicia transicional se caracterizó por procesos nacionales, en los que los conceptos de justicia comenzaron a adaptarse al contexto político de cambio y a la imposibilidad de sometimiento de los infractores de los derechos humanos al estado de derecho por el poderío militar y económico que ostentaban.

2 DRAE: Optimizar: De **óptimo** e **-izar**. tr. Buscar la mejor manera de realizar una actividad.

Así se generó la necesidad de transigir los parámetros de justicia, menoscabando el imperio de la ley para permitir el tránsito. Esta etapa que se desarrolló en la Argentina y Sudáfrica, tuvo un desbalance en la realización de la justicia, que conllevó (al menos en el caso argentino) a declararse la inoperancia de leyes de amnistía y punto final por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos³, por resquebrajarse la tensión entre la normatividad internacional y local. Esta segunda fase expandió la concepción de los procesos transicionales a mecanismos más heterocompuestos, en parte por la inclusión de la sociedad como participe de la transición (Teitel., 2003). En este periodo se crearon comisiones de verdad y mecanismos tendientes a lograr la paz mediante la reconciliación.

En la tercera generación, Teitel describe cómo el proceso transicional pasó de ser un medio excepcional a uno general, y se movió de la periferia al centro de la atención y políticas públicas internacionales (Sharp, 2013). La estandarización de la justicia transicional como proceso de pacificación post bélico comportó la creación del Centro Internacional para la Justicia Transicional (2002), el Instituto de Justicia Transicional de la Universidad de Ulster (2003), sendas organizaciones no gubernamentales sobre la materia y el interés de atentados académicos (Iverson, 2013), convirtiendo la justicia transicional en una especialidad independiente.

El origen histórico de estos mecanismos se ubica después de la Segunda Guerra Mundial, según la profesora Ruti Teitel (Teitel., 2003). Cuando se creó un tribunal de justicia *ad hoc* para superar la crisis política, social y democrática europea. Sin embargo, otros autores como Jon Elster y Carlos Bernal Pulido remontan los albores de la justicia transicional a casos mucho más pretéritos.

Los mecanismos contenidos en este neologismo venían siendo objeto de estudio con anterioridad a la creación misma del término. El conflicto y su solución parecen ser un asunto tan antiquísimo como el ser humano mismo. Jon Elster destaca cómo, en Atenas, se dieron dos revueltas en los años 411 a.C. y 404 - 403 a.C., en donde la oligarquía quiso derrocar la democracia. Como consecuencia *“por un lado, introdujeron cambios en la Constitución, para eliminar algunas de las disposiciones que había hecho que la democracia cayera en descrédito. Por el otro, se abstuvieron de ser excesivamente severos con*

3 Caso Usón Ramírez v. Venezuela; Caso Kimel v. Argentina; caso Usón Ramírez v. Venezuela y otros.

los oligarcas” (Elster, 2006) y prefirieron no detenerse en sanciones retributivas en aras de disponerse para la reconciliación.

Por otra parte, hacia el futuro próximo, la justicia transicional también reclama una extensión. Dustin Sharp reconoce un desarrollo adicional en el área y afirma la existencia de una cuarta generación de justicia transicional, producto de la progresión de las tres anteriores. En esta última generación nuevos dilemas emergen, aspectos dejados atrás comienzan a cobrar importancia, tales como: los derechos económicos y sociales, las comunidades, el contexto, las prácticas locales y normas culturales (Sharp, 2013). Todos estos asuntos han sido relegados a las periferias, según Sharp. Los nuevos contextos demandan que aquellas aristas accesorias y tangenciales pasen a hacer parte central de la discusión.

Dilemas De La Justicia Transicional

Si bien el concepto de justicia transicional hace referencia a problemas que no son nuevos en la sociedad. Desde mediados de los años noventa, el término justicia transicional comenzó a usarse por Neil Kritz (Kritz., 1995), para afianzarse a comienzos del nuevo milenio (Bell., 2008). El término justicia transicional es polivalente, por tener variedad de significados, que dependen, además de las “características de los mecanismos específicos que aparecen en esos momentos de cambio político, sino también de los contextos sociales, políticos y culturales, y de las perspectivas desde las cuales se construyen aquellos sentidos.” (Sánchez., 2013).

La justicia transicional es la suma de la lucha de poderes en los distintos campos sociales, implica un cambio en la concepción ordinaria de justicia. En momentos de estabilidad política, la ley es garante de estabilidad del *statu quo*, pero en tiempos de conflicto, la ley mantiene el *statu quo* bélico e imposibilita el cambio. El tránsito, es la consecuencia de un contexto donde confluyen diferentes sujetos sociales para la creación de la ley, como un producto del cambio político (Teitel, 2000).

La profesora Ruti Teitel concibe la justicia transicional como la justicia asociada al contexto y a las circunstancias políticas, donde el ideal universal de justicia debe ser desestimado para lograr el fin social de transitar hacia un sistema más liberal democrático. Entiende la profesora argentina la justicia transicional como un producto del voluntarismo político, como aquel

resultado del acuerdo al que las fuerzas sociales alcanzan para transitar del conflicto a la paz, se vislumbra en esta posición concordancia con algunas de las concepciones de lo justo expuestas en el capítulo pretérito, al construir el significado de la justicia como la convención que resulta de las voluntades humanas.

Gabriel Ignacio Gómez Sánchez, expone sobre los intereses que colisionan en las sociedades abocadas a la transición que *“...se relaciona con el conflicto entre las necesidades políticas percibidas en un determinado contexto y los valores normativos de justicia.*

Esta tensión se presenta especialmente entre la presión política de resolver el conflicto y los reclamos sociales por la aplicación de los lineamientos de justicia preestablecidos en el sistema penal, los cuales por lo general están compuestos por una visión retributiva.

La tensión anterior exhibe el enfrentamiento de dos ideales filosóficos de justicia, cuya contraposición se había advertido anteriormente. Hablamos de un enfrentamiento entre idealistas, siguiendo la tradición liberal occidental, quienes persisten en *“limitar la política mediante el derecho y defender un modelo universal y normativo de justicia transicional que conduzca al fortalecimiento de la democracia y del Estado de Derecho [...] Dicho de forma más simple, la fuerza del poder debe someterse a la racionalidad del derecho.”* (Kritz., 1995). Y por otra parte, los llamados realistas, quienes conciben la justicia y el derecho como consecuencia del contexto político imperante en aquel tiempo y lugar.

Derechos Humanos y Transición

Los derechos humanos han sido el mayor logro moral de la historia de la humanidad. A pesar de su característica de inherente, los Estados positivizaron estos derechos propios del ser humano y los llevaron, en conjunto, de la abstracción e indeterminación, a la concreción y el detalle solo hasta la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH) de 10 de diciembre de 1948, precedida de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, firmada en Bogotá en abril de 1948. No obstante, la DUDH aún sigue siendo un documento declarativo adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 217 A (III), firmado en París, el 10 de diciembre de 1948; ésta recoge en sus 30 artículos los derechos humanos considerados básicos, a partir de la carta de San Francisco (26 de junio de 1945).

Pero hay que reconocer que los derechos humanos vivieron una evolución lenta y gradual. La humanidad vivió una evolución antropocéntrica, pasó de buscar el conocimiento y la respuesta a los problemas en el mundo exterior, a buscarlos en el ser humano mismo. Las creaciones científicas y artísticas que fijaban el nuevo rumbo en el ser humano no tardaron y afianzaron la llegada de una nueva época durante el final del Medioevo, pasando por el Renacimiento y concretándose en la Ilustración. Filósofos como Santo Tomás, Guillermo de Ockham, René Descartes, Francis Bacon, John Locke, Rousseau, Montesquieu, Kant, jalonaron la evolución de la humanidad.

Habían vientos de cambio entonces, cambios profundos que en un comienzo buscaron reencontrar al hombre consigo mismo, una visión del hombre y del mundo se gestó en Florencia y retomó aquellas ideas, abandonadas durante siglos de ortodoxia, desde la Grecia clásica, en donde el hombre retomó aquel protagonismo, renació así, el antropocentrismo. El poeta londinense Alexander Pope (1688-1744) por entonces escribió: “entonces concóctete a ti mismo [...] El estudio del hombre es el estudio apropiado de la humanidad.” y No obstante, a pesar de este inigualable logro humano, y de la universalidad con la que se califican los derechos humanos, estos no han podido ser entendidos por la mayoría de sus beneficiarios: la humanidad.

Los Derechos Humanos fueron bienvenidos en la Constitución Política de Colombia de 1991, que junto a constituciones coetáneas como la española (1978) y la brasileña (1988), perfiló su horizonte normativo acorde a los nuevos vientos humanistas que surgieron de la época de la posguerra. En esta nueva concepción de Estado se escribió la Magna Carta colombiana, más que para organizar la estructura del Estado, para establecer los horizontes éticos a los que el Estado debe propender.

En Colombia, los derechos fundamentales no se reducen a los enunciados contenidos en la Constitución, está cualidad, no solo se predica de los derechos contenidos en el Capítulo I, del Título II: “*De los Derechos Fundamentales*”. Además, por medio del artículo 94⁴ de la Carta, se extendió el contenido de los derechos y las garantías a las consagradas en tratados internacionales sobre la materia ratificados por Colombia. Los derechos humanos son principios rectores del sistema jurídico que tienen doble naturaleza: axiológica y

4 Artículo 94. *La enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos.*

deontológica, toda vez que el deber ser, comporta un valor, de allí que hoy a los derechos humanos se les tiene no sólo como anteriores a la legislación, sino por encima de lo establecido en aquella (Botero, 2013).

Sin embargo, el texto de la constitución no tuvo asiento en la realidad social colombiana, en la que existe un problema actual y preocupante, sobre la incomprensión del contenido, sentido, alcance y aplicación de los derechos humanos. En Colombia, este asunto ha sido recurrente. En el Informe Mundial sobre Derechos Humanos de 2011 y 2014, el país persiste en dificultades en la aplicación de los derechos humanos. Lo que vuelve especialmente complicado interpretar esta nueva realidad transicional. Toda vez que nos enfrentamos a un nuevo proceso histórico sin haber comprendido adecuadamente el cambio constitucional de 1991.

La progresividad del imperio del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario ha incrementado la tensión entre los derechos y deberes que coexisten en la justicia transicional. Se hace entonces polémica la aplicación de la justicia transicional como mecanismo de solución de conflictos modernos.

La proporcionalidad: una solución interpretativa

Origen

Toda historia es también presente y para analizar el presente se precisa valioso evidenciar históricamente el principio de proporcionalidad, porque el pasado no desaparece, siempre “*sigue siendo constitutivo [del] presente, para su comprensión*” (Han, 2014). Así, la ilación del concepto de proporcionalidad desde sus aspectos originarios profundizará la comprensión del presente. Sin embargo, será descartada una descripción detallada de la historia de la proporcionalidad por razones prácticas (Pulido, El principio de proporcionalidad de los derechos fundamentales, 2005), y se hará mención a algunos hitos relevantes de la proporcionalidad en las ciencias naturales, las artes y especialmente en el derecho.

La idea misma de la proporcionalidad, como elemento de las decisiones y actuar humano, se ha venido estructurando durante siglos, en Grecia, Eudoxo y Euclides incorporaron la razón y la proporción como regla del pensamiento

aritmético. Aristóteles en el Libro “*Ética a Nicómaco*” halla la virtud en el justo medio, ejemplificándolo en la medida entre la ambición y la gloria, el estagirita lo describe así:

“...donde quiera que haya exceso y defecto, necesariamente tiene que haber un medio. Puede ambicionarse el honor más o menos de lo debido; pero también se puede ambicionar hasta el punto que sea conveniente; y esta disposición, sin nombre particular, que es el justo medio en punto a ambición, es la única digna de nuestra alabanza”

Un poco más adelante concluye:

“esta alternativa se encuentra, al parecer, en todas las demás virtudes; y si los extremos resultan aquí más completamente opuestos, es porque el medio que los separa no ha recibido un nombre especial.”

Sin duda, el principio de proporcionalidad se estudia desde los griegos, y aún hoy se debe entender como un justo medio. No obstante, la mención de algunos hechos relevantes es necesaria para un mayor entendimiento de la evolución de la temática (Pulido, El principio de proporcionalidad de los derechos fundamentales, 2005).

Tampoco el arte ha sido ajeno a la proporción, la proporcionalidad de las formas se tornan importantes para artistas renacentistas como Da Vinci, quien la promueve la armonía en el Hombre de Vitruvio, la Economía no ha sido ajena a esta realidad, y un antecedente de considerable importancia se resalta en el italiano Vilfredo Pareto, quien conceptúa la llamada Óptima de Pareto, la cual pretende la eficiencia y optimización en la asignación de los recursos.

La Proporcionalidad en Alemania

Algunos estudios señalan que la génesis del concepto, aplicado al derecho, se dio en Alemania y está consagrado en el Numeral 2 del Artículo 19 de la Ley Fundamental de Bonn de 1949, este numeral establece textualmente que “*En ningún caso un derecho fundamental podrá ser afectado en su esencia*”. Deduciendo por lo tanto, un claro límite de rango constitucional al exceso en la aplicación de la ley, inclusive a la aplicación misma de la Constitución y sus derechos fundamentales. En ese sentido, el Tribunal Constitucional Federal de Alemania, interpretando la Carta Magna alemana, extendió en su

interpretación el límite de exceso (*Übermassverbot*) como un requisito en la actuación de los demás poderes del Estado.

El Tribunal Constitucional Federal, ha entendido el principio de proporcionalidad “*como un instrumento eficaz, flexible y pragmático para moderar la tensión entre el individuo y el poder público*” (José Ignacio Rainer Arnold, 2012). Además, el Tribunal indica desde entonces cuatro elementos del principio de proporcionalidad: la búsqueda de un fin legítimo, la adecuada propensión al fin legítimo, la necesidad de la aplicación del medio y por último debe haber proporcionalidad en sentido estricto, considerando los derechos en colisión.

La Proporcionalidad en La Corte Europea de Derechos Humanos

Por su parte, las comunidades europeas, surgidas después de la segunda mitad del Siglo XX, como consecuencia de la unión de países europeos para la regulación común de asuntos como el carbón, acero, energía atómica y la economía. Establecieron como organismo jurisdiccional al Tribunal de Justicia, y también acudieron al principio de proporcionalidad como pauta hermenéutica para la aplicación de los derechos fundamentales (Sentencia “Hauer”, 1979) (Sentencia “Wachauf”, 1989). La interpretación realizada entonces, por el tribunal, tuvo como fuente la doctrina y posteriormente su emergente jurisprudencia.

En ese mismo sentido, en el año 2000, con la proclamación de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, se estableció específicamente el principio de proporcionalidad como estándar interpretativo de los derechos fundamentales en el Numeral 1 del Artículo 52:

“Cualquier limitación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la presente Carta deberá ser establecida por la ley y respetar el contenido esencial de dichos derechos y libertades. Sólo se podrán introducir limitaciones, respetando el principio de proporcionalidad, cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás.”

La Proporcionalidad en la Corte Interamericana de Derechos Humanos

En el continente americano el principio de proporcionalidad ha tenido buena acogida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), cuyo estudio es de gran interés, por ser la corte internacional más próxima a Colombia y la cual eventualmente podría analizar el cumplimiento, o no, de los acuerdos entre el Estado colombiano y las FARC. La Corte IDH reconoce el principio de proporcionalidad como parámetro para la interpretación de los derechos humanos establecidos por la Convención Interamericana de Derechos Humanos, extrayéndolo como fuente normativa de un ejercicio interpretativo de algunos artículos de la Convención, como lo son:

“Art. 12. *Libertad de Conciencia y de Religión*. [...] 3. La libertad de manifestar la propia religión y las propias creencias está sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley y que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos o los derechos o libertades de los demás.

Art. 13. *Libertad de Pensamiento y de Expresión*. [...] 2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para...

Art. 15. *Derecho de Reunión*. [...] El ejercicio de tal derecho sólo puede estar sujeto a las restricciones previstas por la ley, que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad o del orden públicos, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos o libertades de los demás.

Art. 16. *Libertad de Asociación*. [...] 2. El ejercicio de tal derecho sólo puede estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad o del orden públicos, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás.”

La Corte IDH mediante Opinión Consultiva 5/85, elevada por el Estado de Costa Rica, sobre la interpretación del Artículo 13 y 29, respondió, haciendo alusión a su homóloga europea, lo siguiente:

“[...] la “ necesidad “ y, por ende, la legalidad de las restricciones a la libertad de expresión fundadas sobre el artículo 13.2, dependerá de que estén orientadas a satisfacer un interés público imperativo. Entre varias

opciones para alcanzar ese objetivo debe escogerse aquélla que restrinja en menor escala el derecho protegido [...]"

Sin mencionarlo expresamente, del anterior extracto se infiere la idea de la proporcionalidad (José Ignacio Rainer Arnold, 2012). No obstante, la Corte sí señala manifiestamente la proporcionalidad como mecanismo hermenéutico en la Opinión Consultiva 8/87, elevada en esta oportunidad por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), sobre interpretación de los artículos 25.1 y 7.6 de la Convención. En esta la Corte Interamericana argumenta que:

“La juridicidad de las medidas que se adopten para enfrentar cada una de las situaciones especiales a que se refiere el artículo 27.1 dependerá, entonces, del carácter, intensidad, profundidad y particular contexto de la emergencia, así como de la proporcionalidad y razonabilidad que guarden las medidas adoptadas respecto de ella.”

Los profesores **Rainer Arnold, José Ignacio Martínez Estay y Francisco Zúñiga Urbina**, observan como interesante la extensión que, del principio de proporcionalidad, ha hecho la Corte a derechos en los que no se establece la necesidad como un elemento interpretativo. Esto se expone respecto de variedad de derechos y en múltiples sentencias, tales como: en relación al derecho a la libertad personal (artículo 7) (Caso Usón Ramírez vs. Venezuela, 2009); las garantías judiciales (artículo 8) (Caso Usón Ramírez vs. Venezuela, 2009) (Caso Kimel v. Argentina, 2008) (López Mendoza vs. Venezuela, 2011), protección de la honra y de la dignidad (Caso Kimel v. Argentina, 2008), libertad de expresión (artículo 13) (Caso Usón Ramírez vs. Venezuela, 2009) (Caso Kimel v. Argentina, 2008), derecho de circulación y de residencia (artículo 22) (Ricardo Canese vs. Paraguay, 2004) derechos políticos (artículo 23) (Caso Castañeda Gutman v. Estados Unidos Mexicanos, 2008) y el derecho a la protección judicial (artículo 25) (Caso Castañeda Gutman v. Estados Unidos Mexicanos, 2008) (Caso Usón Ramírez vs. Venezuela, 2009)

Robert Alexy

Actualmente, el estudioso más eminente del principio de proporcionalidad, es el profesor de la Universidad de Kiel: PhD Robert Alexy, quien parte de la importancia de distinguir las operaciones fundamentales de la aplicación del derecho en dos: la subsunción y la ponderación. La primera es propia de las

reglas, se realiza mediante la aplicación de un enunciado a un caso concreto, son normas que requieren determinación, son mandatos definitivos, se aplican mediante la subsunción. Por el contrario, la ponderación amerita mayor análisis, es propia de los principios, que son mandatos de optimización, esto requiere que se realicen de la mejor manera posible (Alexy, Dignidad Humana y Proporcionalidad, 2015).

Propone R. Alexy, el principio de proporcionalidad como el más importante del derecho constitucional material y como el mecanismo idóneo para la interpretación de principios, compuesto por el estudio de tres subprincipios: la necesidad, idoneidad y proporcionalidad en sentido estricto.

Los subprincipios de idoneidad y necesidad expresan el mandato de optimización relativo a las posibilidades fácticas (Alexy, El Principio de Proporcionalidad en el Estado Constitucional , 2007), estos tratan de evitar intromisiones a los derechos que sean innecesarias, inconducentes e ineficaces.

La ponderación en sentido estricto es el núcleo de la ponderación, fundamentado en el Óptimo de Pareto, en donde se pretende hallar la convergencia entre los mayores grados de satisfacción posible de los principios.

Resalta el profesor Alexy, una serie de problemáticas que se presentan en la ponderación:

“...hay tres problemas básicos: el de la estructura, el de la racionalidad y el de la legitimidad. Entre estos problemas existen vínculos estrechos. La legitimidad de la ponderación en el derecho depende de su racionalidad. Cuanto más racional sea la ponderación, más legítima será la práctica de ponderaciones. Ahora bien, la estructura de la ponderación es decisiva para su racionalidad. Si los análisis revelaran que la ponderación no puede ser sino una decisión arbitraria, entonces sería cuestionable su racionalidad, así como su legitimidad en la jurisprudencia, sobre todo constitucional. El problema de la estructura de la ponderación es, por tanto, el problema central de la ponderación en el derecho” (Alexy, El Principio de Proporcionalidad en el Estado Constitucional , 2007).

Concibe el profesor Alexy, la estructura del test de proporcionalidad como el tema primordial y cuyo corolario será la apreciación del test como racional. Similar efecto predica de la racionalidad con la legitimidad. Siendo la primera

estable y bien fundada, encontrara consecuentemente un efecto positivo, así: A mayor estructura, mayor racionalidad y mayor legitimidad.

En ese sentido, recordar los albores del principio de proporcionalidad es menester, e inferir cómo el principio de proporcionalidad nace del propósito de racionalización de la interpretación de las normas. La legitimidad de una acción, generalmente es consecuencia de la racionalidad de ella, pero no necesariamente. La racionalidad es uno de los elementos que confieren legitimidad, mas no el único⁵.

Ahora, la racionalidad no deriva de la estructura, por el contrario, la estructura es una consecuencia de la racionalidad debido a que la arbitrariedad de la estructura tiene como causa defectos en su racionalidad. La estructura de la proporcionalidad se construye prevaleciéndose de la razón y si fuere la razón arbitraria, lo será la estructura, y si no, tampoco. Por lo tanto, la racionalidad debe ser el tema central del test de proporcionalidad, es el factor determinante de su estructura y, oportunamente, de su legitimidad.

La ponderación no ha estado exenta de críticas, ilustres doctrinantes como Habermas o Schlink sostienen que la ponderación carece de criterios racionales por lo cual resulta indeterminable, inconmensurable e impredecible.

En respuesta a ello, Bernal Pulido, sostiene que:

“La ponderación no garantiza una perfecta objetividad. Ello se debe, sobre todo, al hecho de que la perfecta objetividad es un ideal que no puede alcanzarse en ningún ámbito normativo y mucho menos en un ámbito tan controversial como los principios, tan estrechamente vinculado con las ideologías” (Pulido, *El Principio de Proporcionalidad en el Estado Constitucional*, 2007).

Empero, la utopía de la objetividad en el derecho, no es razón para desmotivarse en estructurar razonablemente las decisiones. La racionalidad de

5 Garzón Valdés, Ernesto. *Consenso, Racionalidad y Legitimidad. "En la filosofía política contemporánea, hay dos conceptos que juegan un papel esencial para el tratamiento del problema de la legitimidad del Estado: el de consenso y el de racionalidad. Sin embargo, la importancia que generalmente se concede a estos conceptos no significa que exista acuerdo acerca del contenido semántico de racionalidad y acerca de las situaciones en que ha de practicarse el consenso racional, que es el que se supone permite juzgar acerca de la legitimidad del orden..."* file:///C:/Users/user/Downloads/388-388-1-PB.pdf

la ponderación debe llevar a construir una estructura que permita convencer de su razonabilidad, Alexy profundiza mediante tres elementos: la ley de la ponderación, la fórmula del peso y la carga argumentativa. Estos satisfacen en gran medida la necesidad de racionalizar el ejercicio de la ponderación y reducir a su máxima expresión la subjetividad y arbitrariedad.

La proporcionalidad como método idóneo para la justicia transicional

La teoría de la proporcionalidad fue concebida, en el campo del derecho, para interpretar principios. En un inicio Ronald Dworkin desarrolló la teoría de la dimensión de peso, en la cual, el estadounidense considera los principios de importancia relativamente variable. De esta idea, Alexy parte con la construcción de su interpretación de los principios como mandatos de optimización (Lopera, 2004). En esencia, esta es la distinción entre principios y reglas, los principios son optimizables, mientras las reglas no. Esto es, los principios buscan una realización ideal, mientras las reglas no, por lo que estas últimas solo colisionan de manera formal, para lo cual las normas interpretativas dan una solución según su jerarquía, tiempo o especialidad.

El concepto de mandato de optimización resulta siendo la piedra angular de la proporcionalidad. No obstante, los mandatos de optimización son una característica no exclusiva de los principios. Por su parte, los derechos fundamentales también son normas que comportan fuerza obligante y un mandato ideal, que propenden hacia un deber ser en su realización, que buscan ser aplicados en la mayor medida posible. Los derechos fundamentales se caracterizan por ser mandatos de optimización, ergo, susceptibles del principio de la proporcionalidad.

La optimización persigue un ideal, procura por “*la mejor manera de realizar una actividad*” (Real Academia de la Lengua Española), es idealista *per se*. Por esto, el mandato de optimización era llamado por Alexy inicialmente como “el deber ser ideal” (ideales Sollen). Sin embargo, es consciente del contexto, por lo que el mandato imperativo de optimización es condicionado por las posibilidades jurídicas y reales existentes, esto es, dentro de las circunstancias (Alexy, Teoría de los Derechos Fundamentales, 2002). Así las cosas, la proporcionalidad está concebida para realizar idealmente los mandatos, contemplando las circunstancias. Esto es, vinculando, una concepción idealista, con una consecuencialista de la justicia.

La convergencia entre el idealismo y el consecuencialismo en el principio de proporcionalidad resulta especialmente importante para dar solución a la presente misión, de encontrar idoneidad en la proporcionalidad como método interpretativo de la justicia transicional. Encontramos, que la justicia transicional se encuentra en el dilema de balancear la justicia y la paz dentro de un *statu quo* bélico. Y encuentra la proporcionalidad la capacidad para aunar los intereses contrapuestos y sincretizar una solución eficiente.

No obstante, no ha de tenerse la totalidad del derecho fundamental como objeto de proporción afectado por las circunstancias, considerarlo así, implicaría asumir el riesgo de que ante ciertas circunstancias, la aplicación de un derecho sea fútil y escasa. Por lo que a los derechos deben garantizársele un mínimo improporcionable, una porción infranqueable, que sirva de óbice en contra la arbitrariedad del poder o la democracia. Esta garantía se encuentra en el núcleo esencial de los derechos, que debe tenerse como baluarte, en la conservación del derecho fundamental, debido a que su transgresión, llevaría a tener el derecho más que balanceado, cercenado.

La proporcionalidad en Colombia

Colombia ha vivido un conflicto activo, desde que los “*dos mundos*” se descubrieron mutuamente en 1492. Conflicto que ha pasado por sus propios orígenes como república independiente en 1810. Los partidos políticos, desde mediados del siglo XIX no escatimaron esfuerzos en utilizar la violencia como instrumento político. La enseñanza ha sido el imperio de las vías de hecho sobre el derecho. Este contexto ha generado tensiones fortísimas entre las diferentes fuerzas sociales, los partidos políticos, las diferentes regiones del país, las clases sociales cada vez más desiguales y entre las víctimas y victimarios.

La Corte Constitucional ha empleado el principio de proporcionalidad desde su creación por la Constitución del 1991. El juez constitucional anterior, cuya facultad residía en una sección de la Corte Suprema de Justicia, priorizaba el silogismo como método interpretativo. Sin embargo, en sus primeros años, la Corte Constitucional comenzó, a utilizar el test de proporcionalidad como forma de interpretación de los derechos fundamentales sin rigor metódico.

En los años posteriores la proporcionalidad sufrió críticas que pedían su exclusión como método interpretativo, forzando el debate sobre su idoneidad

que finalmente llevó a su consolidación y expansión por el sistema jurídico colombiano (Espinosa, 2007).

El test de proporcionalidad ha sido usado por la Corte Constitucional, en los casos más álgidos de los que ha tenido conocimiento: la legalización de la dosis mínima, la eutanasia (Sentencia C-239, 1997), las cuotas de participación femenina (Sentencia C-371, 2000). Inclusive, la Ley de Justicia y Paz, también al pasar por la revisión constitucional (Sentencia C-370, 2006) se analizó bajo el tamiz de la proporcionalidad.

Colombia está constituida como una democracia constitucional, la constitución es norma de normas (artículo 4, Constitución Política de Colombia de 1991), límite al poder político (Mateucci, 1998). Esto implica que las decisiones políticas deben estar sujetas a la *Carta Magna*, conforme a la división del poder y cada uno debe actuar dentro de las competencias otorgadas por la Constitución y la ley; los derechos fundamentales deben ser respetados “razonable y proporcionalmente”. De esta forma, la decisión sobre el dilema transicional es mas que una cuestión política, una cuestión constitucional siempre que esta conserve su vigencia (Gómez-Velásquez, Junio- Diciembre 2015).

El alcance que la Constitución le da a los derechos fundamentales y su interpretación son elementos necesarios para comprender los linderos conceptuales de la paz y la justicia. El profesor Bernal Pulido reconoce la *aporía constitucional*, como el problema de la sustitución de la constitución por la justicia transicional, como magistrado de la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-332 de 2017, defendió la necesidad de conservar al congreso su función deliberativa y declarar incoherente con la constitución vigente la prohibición de realizar modificaciones al Acuerdo de Paz, establecido en el mecanismo de procedimiento legislativo ágil, conocido como *fast track*, consideró la Corte que esta consideración cercenaba uno de los principios fundantes del Estado de derecho: la deliberación democrática.

Necesidad. Prolegómenos Fácticos

La historia de Colombia ha estado estrechamente vinculada con el ejercicio de la violencia como herramienta política, desde la irrupción europea, que impuso su poder militar, político, ideológico y religioso. Mientras en Europa se vivía el glorioso Siglo de las Luces, el panorama para los indígenas americanos era bastante oscuro. Antonio Caballero en su *Historia de Colombia y sus*

oligarquías describe cómo a finales del Siglo XVIII, se produjo el exterminio de los nativos, su avasalladora desaparición se dio:

“los bravos por exterminio, los mansos por mestizaje; y sólo quedaron los que vivían en las selvas impenetrables del Chocó y de la Amazonía, y los irreductibles de los desiertos de La Guajira. Según el primer censo, que se haría en 1778, la población de la Nueva Granada era ya predominantemente mestiza. Sobre poco menos de 800.000 habitantes, 200.000 eran blancos –españoles y criollos–, 400.000 mezclas –mestizos, mulatos, zambos–, 200.000 indios y 65.000 negros esclavos.” (Caballero)

Este era solo el preludio de lo que se perpetuaría en Colombia. Mientras que en la América del norte los colonos estadounidenses se independizaron paulatinamente del Reino de Gran Bretaña mediante la evolución, en el sur, países como Colombia hacían lo propio mediante la revolución.

La Insurrección de los Comuneros, gestada por santandereanos insurrectos, quienes en 1781 encontraron en la fuerza el único medio para defender sus proclamas, hicieron propios los vientos europeos de la ilustración sin mayor éxito.

Años más tarde, en los tiempos de independencia más de 300.000 mil hombres murieron, cifra similar al número de caídos en las luchas entre el Estado y las guerrillas. Después del mar de sangre, Colombia ganó el autogobierno y el rojo de su bandera.

El fin de la guerra por la independencia no garantizó la paz. No había ya un enemigo externo a quien señalar, el nuevo enemigo estaba entre los compatriotas, el motivo siempre sería el poder, anteriormente escondido tras la liberación de la opresión del imperio español, después tras la democracia. Por entonces, en su Discurso de Angostura, Simón Bolívar profetizaba la fragilidad de lo que vendría:

“Por lo mismo que ninguna forma de gobierno es tan débil como la democracia, su estructura debe ser de la mayor solidez; y sus instituciones consultarse para la estabilidad. Si no es así, contemos con que se establece un ensayo de gobierno, y no un sistema permanente; contemos con una sociedad díscola, tumultuaria y anárquica y no con un establecimiento social donde tengan su imperio la felicidad, la paz y la justicia.”

La democracia devino en el establecimiento de los partidos liberal y conservador a mediados del Siglo XIX, quienes se encargaron de gobernar el país en lo subsecuente, ensañaron la violencia ideológica, dividieron el país y se apropiaron de sus partes. Cien años después de la creación de los dos partidos políticos, estos protagonizaron el episodio más bárbaro del Siglo XX en Colombia, un acontecimiento tan cruel que fue llamado adecuadamente: La Violencia.

En el bipartidismo el poder se privatizó, cerrando espacios a nuevas ideas políticas, esta fue la receta para el surgimiento de las guerrillas, las cuales pretendieron por las armas lo que no les fue posible por la democracia: el poder.

La identificación de la naturaleza de los intereses en conflicto es un análisis necesario para desarrollar adecuadamente el principio de proporcionalidad. La justicia y la paz, serán los protagonistas del test, por lo que merecen un detenido análisis sobre su naturaleza, importancia e imperatividad de su realización.

Idoneidad - Adecuación

Para el gobierno de Colombia, los fines del proceso de justicia transicional que se negocia con las FARC, son facilitar la terminación del conflicto armado interno, el logro de la paz estable y duradera, con garantías de no repetición y de seguridad para todos los colombianos y garantizar en el mayor nivel posible los derechos a las víctimas a la verdad, justicia y reparación (Acto Legislativo 01 de 2012. “Marco Jurídico para la Paz).

La justicia transicional está compuesta por múltiples mecanismos tendientes a alcanzar sus fines, la Organización de Naciones Unidas (ONU), expuso en *The rule of law and transitional justice in conflict and post-conflict societies* (Organización de Naciones Unidas (ONU)) como fines de la justicia transicional los de la aplicación del derecho penal, la realización de los mecanismos idóneos para lograr verdad, la reparación de las víctimas, la reforma institucional y la prohibición de participación política para quienes hayan cometido delitos en contra de los derechos humanos, todo lo anterior dentro del marco internacional del DIDH y el DIH. Además, Colombia está obligada por los estándares sobre derechos humanos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. En ese sentido, la Convención Americana de los Derechos Humanos ha clarificado los parámetros regionales respecto de la protección de los derechos de las víctimas.

El reconocimiento de los fines es imprescindible para estudiar si los medios utilizados son adecuados e idóneos para obtener el resultado deseado y aclarar el horizonte al momento de intervenir en la pugna entre derechos humanos. Puesto que los derechos humanos son de vital importancia y sería un penoso despropósito limitarlos en aras de alcanzar un resultado improcedente.

Los mecanismos constitutivos de la justicia transicional persiguen el fin último de la paz por medio de la reconciliación. Este fin se realiza por medio de mecanismos transitorios, de los que se valen los Estados, a nivel interno o internacional, tendientes a terminar un conflicto donde se han cometido graves delitos contra los derechos humanos o el derecho internacional humanitario, por medio de una imposición, como fue el caso Núremberg o una negociación como el caso de Nicaragua, Sudáfrica o Colombia.

Por lo que los mecanismos, dependen del contexto socio político, de las circunstancias en las que se encuentre el Estado que desee optar por la transición y de lo que se estime como necesario, adecuado y proporcional. Empero, no se admite el tránsito hacia esa finalidad sin lograr la realización de una serie de requisitos, porque erróneamente pudiera tenerse exclusivamente el contexto como determinante de los mecanismos de transición, sin embargo la efectividad de los derechos de las víctimas, las garantías de no repetición y la aplicación de parámetros de justicia son condiciones de necesaria ejecución por constituir derechos humanos, de carácter inalienables e intransigibles (Laporta, 2000), que no pueden ser objeto de enajenación o renuncia, ni siquiera de parte del titular, por ser una característica misma de su misma condición humana.

Dadas las circunstancias actuales, los alcances del estado de derecho, de los conceptos de justicia, paz y democracia tienen referencia directa con los factores reales del poder político, social, económico, cultural, etc. Todos estos factores condicionan el estado político, sería inapropiado intentar evadir dichos factores y pretender imponer iniciativas *culture-neutral* y apolíticas en aras de alcanzar una paz estable y duradera (Park, 2010), la pretensión de unificación teórica de la justicia transicional ha buscado dotar esta industria de coherencia y seriedad (Winter, 2013). Sin embargo, pretender implementar modelos preestablecidos, sin atender cada contexto, en algunos casos entra en incoherencia con la realidad local. Estandarizar la justicia transicional desatendiendo la relatividad de las circunstancias es un propósito ineficaz para los fines últimos de un proceso de pacificación, si esta no deja espacio para la construcción cultural, social, política y democrática de los parámetros para la

búsqueda de la paz, estaremos frente a una paz más falible que estable y más efímera que duradera.

La justicia transicional como mecanismo ajeno a la consulta de los locales despierta muchas dudas (Andrieu, 2010), la atención al *discourse of locals* se hace adecuada, sin pretender imponer el discurso local a los estándares de la normatividad internacional, sino encontrando un balance entre lo local y lo internacional (Waldorf, 2010). Sin embargo, Oliver Richmond advierte que no se debe llegar al extremo de romantizar las opiniones de los locales (Richmond, 2009), por eso la consideración del principio de proporcionalidad como herramienta interpretativa y constructora del acuerdo de pacificación cobra importancia, dentro de dicho test deben incluirse los intereses de los locales como uno de los suministros para la construcción del acuerdo, pero no como el único.

Las Naciones Unidas tuvieron preocupaciones sobre la compatibilidad de los estándares sobre derechos humanos, derecho internacional humanitario y justicia transicional con las prácticas locales (U.N. Secretary General, 2004). No obstante, el antedicho entendido fue superado pasando actualmente a afirmarse la importancia de la participación de los locales en la construcción de paz (U.N. Secretary-General, 2009).

Se debe concebir la participación local como una adecuación de los estándares de derechos humanos. Máxime, si los intereses locales en vez de minimizar el alcance de los derechos humanos, los desarrolla en mayor medida, debido a que el sentido de atender a los intereses de los locales es agregar al proceso de transición una necesaria impronta de legitimidad. Sería así un sinsentido desatender los intereses de la población local cuando en vez de agraviar los derechos humanos, los optimiza.

Otro asunto que debe llevarse al foco de la justicia transicional actual es profundizar el interés por la realización de justicia para la protección de los derechos económicos y sociales. Estos son minimizados y reciben considerablemente menor atención que los crímenes que afectan los derechos civiles y políticos. Considerándose que en variedad de ocasiones la violencia contra los derechos civiles y políticos son una consecuencia de la desatención de los derechos económicos y sociales. En ocasiones, la corrupción y la afectación desproporcional de los recursos naturales llevan a las sociedades a un estado de abandono, marginalidad e indefensión que desemboca en conflictos donde se atenta contra la vida e integridad de seres humanos. Si las

causas del conflicto no se advierten la posibilidad de prevención de futuros conflictos disminuye o desaparece.

Proporcionalidad en Sentido Estricto.

Proporción entre justicia y la paz

Justicia

Aprehender un concepto ideal de justicia no será objeto de este artículo, debido a que ello se circunscribe a una naturaleza *supra humana*, el concepto de justicia que se abordará será el que se encuentra convenido y desarrollado en las normas internacionales, tales como las recomendaciones y mandatos de los organismos internacionales como las Naciones Unidas, la Corte Penal Internacional, La Corte Interamericana de Derechos Humanos y los tratados internacionales sobre la materia.

La Organización de Naciones Unidas clama por concebir un sentido amplio de justicia transicional, que se enfoque principalmente en las medidas que deben incorporar los Estados en sus procesos para la transición. Estima especialmente los derechos de las víctimas como prioritarios y las posiciona como preponderante en los procesos transicionales. Por otra parte, mantiene una posición estática sobre el interés de castigar a los responsables de la comisión de delitos de lesa humanidad, crímenes de guerra y violaciones graves de los derechos humanos, el elemento castigo siempre ha estado presente como consecuencia para el responsable, (Juristas, 2007) la comprensión del derecho al castigo del responsable, como componente del derecho a la justicia que tiene la víctima se refleja en el aforismo “*nullum crimen sine poena*”, entendiendo la pena como castigo. La postura que defiende la anterior afirmación ha sido llamada doctrina de la lucha contra la impunidad, quienes sostienen que el deber de castigar es una obligación que ostenta el Estado. Máxime, al ser vulnerados derechos humanos, cuyo titular es la humanidad misma.

Empero, mientras las Organizaciones de Naciones Unidas es un organismo carente de jurisdicción, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH) tiene instituida la función de conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados Partes en la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos. (Humanos C. I.) Así lo ha hecho desde la entrada en vigencia de la Convención, el 22 de mayo de 1979, que fue firmada el 22 de noviembre de 1969 y ratificada el 28 de mayo de 1973, por medio de la Ley 16 de 1972.

Los pronunciamientos de la Corte Interamericana y sus interpretaciones sobre los estándares y tratados sobre derechos humanos son de absoluta obligatoriedad. La Corte IDH ha abordado en algunas sentencias la prohibición de promulgar leyes de amnistía, punto final o de perdón y olvido en circunstancias de normalidad o de justicia de transición, sean aquellas normas expresas o tácitas. Esta jurisprudencia se ha mantenido uniforme durante los últimos tres lustros.

La Corte IDH rechaza vehementemente y reiterativamente la adopción de las leyes de auto amnistía, por considerarlas incompatibles con la Convención y un incumplimiento de los deberes consagrados en ella. La Corte ha conocido la problemática de las leyes que reciben el nombre de “autoamnistía”. En una primera oportunidad abordó el asunto en el Caso Castillo Páez (27 de noviembre de 1998); asimismo, en la Sentencia Caso Loayza Tamayo fechado igual al anterior y el asunto ha transitado en otros casos, como en el Caso Barrios Altos vs. Perú, en Sentencia de 14 de marzo de 2001, donde dio a conocer que:

“Las leyes de auto amnistía conducen a la indefensión de las víctimas y a la perpetuación de la impunidad, por lo que son manifiestamente incompatibles con la letra y el espíritu de la Convención Americana. Como consecuencia [...] las mencionadas leyes carecen de efectos jurídicos y no pueden seguir representando un obstáculo para la investigación de los hechos que constituyen este caso ni para la identificación y el castigo de los responsables”

El magistrado Antonio A. Cançado Trindade, compartiendo la decisión unánime de la Corte IDH en el *Caso Almonacid Arellano y otros contra Chile* Sentencia de septiembre 26 de 2006, acudió al voto razonado para expresar que “*dichas autoamnistías, aunque basadas en instrumentos “legales”, - leyes, decretos leyes, u otros, - son la propia negación del Derecho, son verdaderamente una aberración jurídica*”.

En otra sentencia sobre el Perú, en el *Caso La Cantuta contra Perú*. Sentencia de noviembre 29 de 2006, el magistrado Sergio García Ramírez, usando el mismo medio, agregó que “*la existencia formal de las leyes de amnistía [...] dentro del ordenamiento jurídico peruano constituye per se un incumplimiento del artículo 2 de la Convención*”. En este mismo sentido, el magistrado *ad hoc* Roberto de Figueiredo Caldas concibió la operancia de leyes de auto amnistía como una “*violación de los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial, estatuidos en los artículos 8.1 y 25, y el deber de adoptar disposiciones de*

derecho interno (artículos 1.1 y 2), en perjuicio de los familiares de las víctimas desaparecidas y de la persona ejecutada” (Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) contra Brasil, Sentencia de noviembre 24 de 2010).

La prohibición de aceptar leyes de auto amnistía en casos de violaciones a los derechos humanos, conlleva a reforzar el derechos a la verdad, al conocer las circunstancias que dieron lugar al delito, garantizar a las víctimas el acceso mecanismos para conocer la verdad y para la aplicación de justicia, así adoptar herramientas de no repetición y castigo de los victimarios.

El Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, consideró la necesidad de aplicar justicia, mediante la sanción como retribución a los crímenes de lesa humanidad, el Tribunal argumentó que:

“los crímenes de lesa humanidad son serios actos de violencia que dañan a los seres humanos al golpear lo más esencial para ellos: su vida, su libertad, su bienestar físico, su salud y/o su dignidad. Son actos inhumanos que por su extensión y gravedad van más allá de los límites de lo tolerable para la comunidad internacional, la que debe necesariamente exigir su castigo”

La importancia de aplicar justicia ante las violaciones al derecho internacional de los derechos humanos se hace más importante a propósito del principio de complementariedad de Corte Penal Internacional, organismo que, ante un eventual incumplimiento de los deberes del Estado colombiano, está plenamente facultado para investigar, juzgar y condenar a individuos por las violaciones al DIDH y DIH. La Corte Penal Internacional (CPI), creada por el Estatuto de Roma, es el máximo organismo mundial “*facultad(o) para ejercer su jurisdicción sobre personas respecto de los crímenes más graves de trascendencia internacional [...] y tendrá carácter complementario de las jurisdicciones penales nacionales*”⁶.

La fiscalía de este organismo es el organismo encargado de investigar los crímenes y promover su sanción ante la CPI. La fiscalía “*podrá iniciar de oficio una investigación sobre la base de información acerca de un crimen de la competencia de la Corte*” y “*si llegare a la conclusión de que existe fundamento suficiente para abrir una investigación, presentará a la Sala de Cuestiones Preliminares una petición de autorización para ello*”⁷.

6 Estatuto de Roma. Artículo 1.

7 Estatuto de Roma, Artículo 15.

La fiscalía atiende especialmente el proceso de paz de Colombia y ante eventos como la demanda de inconstitucionalidad, ante la Corte Constitucional, del Marco Jurídico para la Paz, en lo relativo la exclusión del procesamiento de los mínimos responsables de violaciones a los DDHH y DIH, ha declarado, por medio de la fiscal jefe Fatou Besouda que:

“Como resultado de ese análisis he llegado a la conclusión que una condena que fuera severa o manifiestamente inadecuada a la luz de la gravedad de los crímenes y de la forma de participación del acusado, visaría el carácter genuino del proceso nacional, aún en caso de que todas las fases previas se hubieran considerado genuinas. En vista de que la suspensión de una pena de prisión significa que el acusado no pase tiempo encarcelado, deseo aconsejarle que esta sería manifiestamente inadecuada en el caso de quienes parecen ser los máximos responsables por la comisión de crímenes de guerra y comisión de lesa humanidad. Una decisión de suspender las penas de cárcel de estas personas podría sugerir que los procesos se llevaran a cabo, o bien con el propósito de sustraer a las personas de que se trate de su responsabilidad penal, de conformidad con los artículos 17(2)(a) y 20(3)(a) o alternativamente que los procesos hayan sido instruidos de manera que, dadas las circunstancias, fueren incompatibles con la intención de someter a las personas a la acción de la justicia, conforme a lo establecido en los artículos 17(2)(c) y 20 (3)(b).

Consecuentemente, la Fiscalía de la CPI es un organismo de importancia inigualable y sus recomendaciones, opiniones o sugerencias deben ser tenidas como un parámetro interpretativo fehaciente de la interpretación del *corpus iuris* internacional.

Los estándares de interpretación del derecho internacional son de utilidad al test de proporcionalidad para delimitar el alcance de los conceptos y derechos involucrados. Una transgresión a los parámetros implicaría una afectación excesiva al derecho protegido por ese parámetro que derivaría en la desproporción del test. Asimismo, Colombia ha firmado y ratificado sendos tratados que reafirman su deber constitucional de investigar, juzgar y castigar a quienes violen el DIDH y el DIH, atribuyéndose múltiples obligaciones internacionales a su cargo, que se encuentran en instrumentos internacionales como: El Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 2)⁸, La

8 1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto

Convención contra la Tortura y otros tratos o Penas Crueles, Inhumanos y Degradantes (los artículos 4 y 5)⁹, La Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura (artículos 1, 3, 7)¹⁰, la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas¹¹, la Declaración Americana de Derechos Humanos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículos 1.1, 2, 8 y 25)¹²

2. Cada Estado Parte se compromete a adoptar, las medidas oportunas para dictar las disposiciones [...] que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en el presente Pacto...

9 Artículo 4

1. Todo Estado Parte velará por que todos los actos de tortura constituyan delitos conforme a su legislación penal...

2. Todo Estado Parte castigará esos delitos con penas adecuadas en las que se tenga en cuenta su gravedad.

Artículo 5

Todo Estado Parte dispondrá lo que sea necesario para instituir su jurisdicción sobre los delitos a que se refiere el artículo 4...

[...]

3. La presente Convención no excluye ninguna jurisdicción penal ejercida de conformidad con las leyes nacionales.

10 Artículo 1

Los Estados partes se obligan a prevenir y a sancionar la tortura en los términos de la presente Convención.

Artículo 7

[...] los Estados partes tomarán medidas similares para evitar otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

11 Artículo 1

Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a

a) No practicar, no permitir, ni tolerar la desaparición forzada de personas, ni aun en estado de emergencia, excepción o suspensión de garantías individuales;

b) Sancionar en el ámbito de su jurisdicción a los autores, cómplices y encubridores del delito de desaparición forzada de personas, así como la tentativa de comisión del mismo;

Artículo 3

Los Estados Partes se comprometen a adoptar [...] las medidas legislativas que fueren necesarias para tipificar como delito la desaparición forzada de personas, y a imponerle una pena apropiada que tenga en cuenta su extrema gravedad.

Artículo 7

La acción penal derivada de la desaparición forzada de personas y la pena que se imponga judicialmente al responsable de la misma no estarán sujetas a prescripción.

Artículo 10

En ningún caso podrán invocarse circunstancias excepcionales, tales como estado de guerra o amenaza de guerra, inestabilidad política interna o cualquier otra emergencia pública, como justificación de la desaparición forzada de personas. En tales casos, el derecho a procedimientos o recursos judiciales rápidos eficaces se conservará como medio para determinar el paradero de las personas privadas de libertad o su estado de salud o para individualizar a la autoridad que ordenó la privación de libertad o la hizo efectiva.

12 Artículo 1.1. 1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción...

Colombia se encuentra ante diversas obligaciones en el ámbito internacional, mediante tratados, jurisprudencia internacional y recomendaciones. Así como internamente, la Constitución misma en su preámbulo, establece la justicia (al igual que la paz) como un valor del pueblo de Colombia que convino la Carta Magna. El artículo segundo, sobre los fines esenciales del Estado, insiste en establecer un orden justo como uno de los fines del Estado (además de la convivencia pacífica y otros).

Los mecanismos de justicia transicional no deben desobedecer los límites que sobre los derechos se ha establecido internacionalmente, son óbices normativos cuyo respeto es imperativo. Sin embargo, las exigencias no deben necesariamente frisar los linderos, acorde a las circunstancias especiales de cada proceso, las demandas de un mayor desarrollo de un derecho se puede hacer necesaria y reclamarse social y políticamente que el derecho humano a la justicia se realice de una forma superior que la que dicta su núcleo esencial.

La Constitución colombiana, en su artículo 229 consagra el derecho de los ciudadanos a acceder a la administración de justicia, mandato reiterado por el artículo 87 que dictamina que: *“Toda persona podrá acudir ante la autoridad judicial para hacer efectivo el cumplimiento de una ley...”*

El artículo 95 de la constitución representa singular importancia, consagra los deberes y derechos de los ciudadanos, entre ellos, su numeral 4, dispone como deber *“defender y difundir los derechos humanos como fundamento de la convivencia pacífica”*. La Carta Magna erige la convivencia pacífica sobre los derechos humanos, siendo estos últimos el fundamento de la paz.

Se observa que la justicia es un valor al que debe aspirar la sociedad en su conjunto, *“Colombia debe celebrar la conciliación de paz y buscar la mejor*

Artículo 2 Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

Artículo 8.

Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley

Artículo 25.

Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención...

alternativa jurídica para la solución de sus conflictos, pero igualmente es innegable que dicha paz solo puede ejercerse por medio de una justicia, pura y verdadera” (Ibarra-Sánchez, 2016), su realización debe ser de interés no solo de las víctimas. Debido a que los hechos victimizantes afectan a quien padece directamente la violación de su derecho, *verbi gratia* quien pierde su pierna a causa de una mina, su hogar a causa del desplazamiento, su vida a causa del homicidio. También su familia es victimizada, la congoja y dolor de quien posee vínculos sanguíneos o de filiación con una víctima directa afecta su humanidad. Sin embargo, las víctimas no acaban aquí, una sociedad y humanidad, prevalida de compasión, que por naturaleza sufre al conocer el horror, la muerte, el secuestro y la barbarie que padecen sus congéneres deviene en víctima indirectamente.

La justicia sería recibida con beneplácito por las víctimas directas, como por las indirectas. Asimismo, por aquellos integrantes de los grupos a los que se les endilga la comisión de delitos de lesa humanidad, contra el DIDH y el DIH, quienes están censurados socialmente. También, a estos últimos les asiste su derecho a la justicia, para que se les lleve a juicio y sus derechos sean respetados en un proceso debido, se conozca las circunstancias y límites de su responsabilidad, o la ausencia de ella, se les restaure su honor y puedan reintegrarse a la sociedad por medio de la absolución o mediante el castigo.

Derecho a la Paz

La paz es un valor y principio al que se orienta todo el actuar humano, es una aspiración universal, de profunda raigambre humana, es el propósito de la organización universal. Después de la Primera Guerra Mundial, junto con la firma del Tratado de Versalles firmó el Pacto de la Sociedad de las Naciones, cual creó este organismo internacional en procura de consagrar la paz internacional, establecieron entonces “Las Altas Partes Contratantes: Considerando que para fomentar la cooperación entre las naciones y para garantizarles la paz y la seguridad, importa...”. Sin embargo el ánimo pacificador fue subseguido por la Segunda Guerra Mundial, que a su vez recobró con más fuerza el propósito de la vida en sociedad, mediante la creación de la organización política internacional más extensa de la historia de la humanidad, estatuida por la Carta de las Naciones Unidas y cuyo propósito fue “preservar a las generaciones venideras del flagelo de la guerra que dos veces durante nuestra vida ha infligido a la Humanidad sufrimientos indecibles” y que en su artículo primero confirmó que la finalidad de su existencia es “mantener la paz y la seguridad internacionales, y con tal fin: tomar medidas colectivas eficaces para

prevenir y eliminar amenazas a la paz, y para suprimir actos de agresión¹³ u otros quebrantamientos de la paz”.

La idea de la paz, como elemento determinante de la vida de los seres humanos como individuos y como sociedad existió desde la antigüedad en el pensamiento religioso, filosófico, político y jurídico (Espíell). Sin embargo, su constitución como derecho humano ha sido esquivo, diferentes organizaciones han propugnado por el reconocimiento de la paz como un derecho a la luz del DIDH. No obstante, el contexto político internacional ha dificultado su tipificación.

Organizaciones como la UNESCO han defendido la positivización del derecho a la paz, y de forma declarativa ha transitado en su defensa, concibiendo que:

“la paz no es solamente un valor que deba regir las relaciones internacionales. La paz es también un derecho humano del que todas las personas, los grupos y los pueblos somos titulares: todas y todos tenemos derecho a vivir en paz; todas y todos tenemos derecho a una paz justa, sostenible y duradera. La paz no es sólo ausencia de conflictos armados, internos o internacionales” (UNESCO)

En marzo de 1998, se desarrolló en París, Francia a representantes de 120 Estados, una conferencia convocada por la UNESCO, que perseguía la finalidad de estudiar un proyecto para declarar la paz como un derecho humano, a pesar del acuerdo de los Estados sobre la importancia y relevancia de la paz como valor, este intento fue insuficiente para lograr un acuerdo sobre su establecimiento como derecho humano (Briz).

Algunas normas internacionales han recogido asimismo este deseo, es el caso de la Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos que en su artículo 23¹⁴ consagra el derecho a la paz de los pueblos y el Protocolo de San Salvador a la Convención Americana de Derechos Humanos, dentro del derecho a la educación, en su artículo 13, la orientación de educar para la paz.

13 El acto de agresión hace parte de los delitos de competencia de la CPI. sin embargo, no ha habido consenso para su significación por lo cual, casi dos décadas después del Estatuto de Roma, este no se ha podido aplicar.

14 Artículo 23. 1. *Todos los pueblos tendrán derecho a la paz y a la seguridad nacional e internacional. Los principios de solidaridad y de relaciones amistosas implícitamente afirmados por la Carta de las Naciones Unidas y reafirmados por la de la Organización para la Unidad Africana gobernarán las relaciones entre Estados.*

A nivel interno, en Colombia, la discusión se encuentra en otra etapa, el Derecho a la Paz es reconocido como un derecho fundamental¹⁵ en la Constitución Política de 1991, la paz fue uno de los ejes centrales y motivación del cambio de la Carta Magna. Carlos Gaviria Díaz al respecto reconoció esta su importancia de la siguiente forma:

“si uno estudia la Constitución colombiana de 1991, encuentra en ella dos características sobresalientes. Primera: es una Constitución prodiga en derechos, ambiciosa en derechos como ningún otra; y en segundo lugar, contiene una disposición insólita, una disposición un tanto extraña, el artículo 22, creo que no está consignado en ninguna otra Carta, en ninguna Constitución del mundo: la paz es un derecho y un deber de obligatorio cumplimiento.” (Díaz, 2011)

Resalta la especial importancia que la paz tiene para la Constitución colombiana de 1991, en las discusiones de la Asamblea Nacional Constituyente la paz se exaltó como objetivo de la constitución misma, en esa oportunidad Misael Pastrana Borrero, recordó que *“la organización política tiene como fin primordial la convivencia pacífica. La paz fue uno de los principales fines buscados en el nuevo consenso social, al punto de ser llamado ese cuerpo “la Constituyente de la paz”*. La paz es un presupuesto del proceso democrático libre y abierto y, adicionalmente, resulta condición necesaria para el goce efectivo de los derechos fundamentales (Sentencia de la T-439, 1992).

El plexo constitucional colombiano está encausado decididamente a resaltar la paz como un elemento aspiracional. Desde el preámbulo mismo, cual dicta que *“el Pueblo de Colombia [...] decreta, sanciona y proclama”* la constitución *“con el fin de [...] asegurar a sus integrantes [...] la paz”* (Constitución Política de Colombia, Preámbulo, 1991). Y vislumbra la *“convivencia pacífica”* como uno de los *“fines esenciales del Estado”*¹⁶. Mayor estabilidad alcanza la paz, al ser instituida en el artículo 22 como un derecho fundamental y además, como un deber a cargo del Estado colombiano, y en su artículo 95, de los ciudadanos¹⁷.

15 Artículo 22. *La paz es un derecho y un deber de obligatorio cumplimiento.*

16 Constitución Política. Artículo 2.

17 Constitución Política, Artículo 95. La calidad de colombiano enaltece a todos los miembros de la comunidad nacional. [...] El ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en esta Constitución implica responsabilidades.

Toda persona está obligada a cumplir la Constitución y las leyes.

Son deberes de la persona y del ciudadano:

[.]

6. Propender al logro y mantenimiento de la paz

De esta forma la paz conforma un derecho colectivo, de tercera generación, al que tienen derecho los colombianos, así lo afirma la Corte Constitucional, intérprete y guardián constitucional, en su jurisprudencia (2006). Empero, la dificultad de su aprehensión imposibilitó su consagración dentro de los derechos para cuya aplicación se requiere inmediatez¹⁸, por medio del mecanismo de la acción de tutela.

La Proporción entre derechos

El término justicia transicional es polivalente, por tener variedad de significados, que dependen, además de las “características de los mecanismos específicos que aparecen en esos momentos de cambio político, sino también de los contextos sociales, políticos y culturales, y de las perspectivas desde las cuales se construyen aquellos sentidos.” (Sánchez., 2013).

El estudio de los derechos involucrados es un prolegómeno necesario para valorar adecuadamente el cumplimiento de la paz y la justicia en cada uno de los mecanismos de justicia transicional. Toda vez, que ante la heterogeneidad y variedad de mecanismos de los que está compuesta la justicia transicional, pretender un cálculo omnímodo sería ciertamente inconmensurable, e imposibilitaría la satisfacción del test de proporcionalidad. De esta suerte, el test debe hacerse caso a caso, evaluando la maleabilidad que es capaz de tolerar la paz y la justicia sin resquebrajarse y bajo la honestidad argumentativa de quien busca el cumplimiento de lo correcto. La justicia transicional es la suma de la lucha de poderes en los distintos campos sociales, implica un cambio en la concepción ordinaria de justicia. En momentos de estabilidad política, la ley es garante de estabilidad del *statu quo*, pero en tiempos de conflicto, la ley mantiene el *statu quo* bélico e imposibilita el cambio. El tránsito, es la consecuencia de un contexto donde confluyen diferentes sujetos sociales para la creación de la ley, como un producto del cambio político (Teitel, 2000).

Gabriel Ignacio Gómez Sánchez, resalta la paradoja que se presenta en el contexto de transición esta “*contradicción se relaciona con el conflicto entre las necesidades políticas percibidas en un determinado contexto y los valores normativos de justicia*” (Sánchez., 2013). La tensión se presenta especialmente con la presión política de resolver el conflicto para lograr la paz y los reclamos sociales por la aplicación de los lineamientos de justicia preestablecidos

18 Constitución Política, Artículo 85: *Son de aplicación inmediata los derechos consagrados en los artículos 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 23, 24, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 33, 34, 37 y 40.*

en el sistema penal, los cuales por lo general están compuestos por ideales retributivos.

La efectividad de la justicia transicional consiste en solucionar las fuertes tensiones que se presentan entre la justicia y la paz, entre los imperativos jurídicos de satisfacción de los derechos de las víctimas y la urgencia de lograr el cese de hostilidades, para lo cual busca cumplir con tres criterios cuya importancia es reconocida dentro de nuestra Constitución: la reconciliación, el reconocimiento de los derechos de las víctimas y el fortalecimiento del Estado Social de Derecho y de la Democracia. Por lo anterior, lejos de sustituir el pilar fundamental de la garantía de los derechos humanos, la justicia transicional pretende ser un desarrollo del mismo en situaciones de violaciones masivas a los derechos humanos en las cuales la utilización de mecanismos ordinarios puede obstaculizar la salvaguarda de ésta.

Sin embargo, un cálculo desbalanceado de los intereses de la sociedad puede ser el detonante de un nuevo conflicto, por lo que el líder de la transición debe tener la habilidad política de sopesar muy cuidadosamente la necesidad, idoneidad y proporcionalidad de la ejecución de los mecanismos de justicia transicional. El principio de proporcionalidad es un mecanismo idóneo para desatar ese *nudo gordiano* y evitar el tránsito hacia peores condiciones que las anteriores.

Conclusión

La negociación de la paz en un contexto como el colombiano, es indudablemente una labor compleja. Requiere de las partes un profundo interés¹⁹ de resolver el conflicto, de lo contrario, a la parte desinteresada se le tendría que proporcionar las más amplias de las concesiones para resolver el conflicto, y esto estropearía la ejecución de la proporción, debido a que se desbordaría el balance entre los derechos en sentido estricto.

Una inadecuada negociación, conllevaría al rechazo del proceso de paz por parte de los organismos jurisdiccionales que lo supervisan, la imposición de

19 Módulo de Negociación PAE. Para el método Harvard de negociación este elemento es el principal. Tener claro nuestros intereses dentro del conflicto es el primer paso para poder iniciar con el pie derecho una buena negociación.

sanciones al Estado colombiano y a los ciudadanos encontrados responsables de la violación de los derechos defendidos por el Tratado de Roma. Para sortear esta dificultad es menester que las partes en negociación se sirvan del test de proporcionalidad desde la génesis del convenio y evitar indeseables sanciones *a posteriori*.

La justicia transicional obedece al contexto, es decir, los mecanismos implementados para lograr el tránsito hacia la paz, como los parámetros y alcances de los derechos depende de las circunstancias sociales, políticas, militares, económicas y de poder del grupo de personas que pretenden superar el estado bélico, sean ellas una ciudad, un Estado parte de una federación o un Estado nación.

Atender el contexto se hace importante entonces. Debido a que la importancia de las consideraciones que el grupo social pueda tener respecto de los parámetros del tránsito hacia la paz son de necesaria atención para legitimar un proceso de transición, estas consideraciones pueden ser expresadas por mecanismos democráticos preferiblemente o por el sano juicio que el líder de la transición tenga del sentir democrático (democracia representativa).

Es una justicia *ex post facto*, en donde considerar los hechos y circunstancias nacionales es imperativo, pero no exclusivo. Toda vez que se debe aclarar que la democracia no es el único factor que ha de obedecer el proceso de transición, puesto que por convencionalidad no pueden transgredirse los derechos humanos y aunque estos derechos deben ser flexibilizados y adecuados para permitir el tránsito. Su ductilidad no debe infringir la realización de la esencialidad de los derechos humanos.

Se hace posible entrever que la elasticidad de la aplicación de los derechos o parámetros debe tener como límite inferior el núcleo esencial de los derechos humanos y superior, el desarrollo de su progresividad, no considerándose este último un límite en sí mismo.

Este es el campo de acción de la proporcionalidad, dentro del margen comprendido desde el núcleo esencial de los derechos hasta su máxima optimización debe operar el intérprete para analizar la adecuación de los mecanismos transicionales a la finalidad de la paz, estable y duradera. El posicionamiento con mayor proximidad al núcleo o mayor perfectibilidad dependerá las posibilidades fácticas de un mayor o menor desarrollo. En cuanto al análisis referente a la necesidad, se centrará en el estudio de las circunstancias

históricas, esto debe concluir que el tránsito a la paz por medio de un proceso de justicia transicional es imperioso por no haber un medio menos lesivo para los derechos involucrados (*ultima ratio*). Por último, ante el requisito de la proporción en sentido estricto ha de enfocarse el análisis en la naturaleza de cada uno de los derechos involucrados y la ley de proporcionalidad.

Lograr el éxito en un proceso de paz como el colombiano, demanda demanda coherencia entre la concepción teórica y práctica de la transición, que el líder que guie la transición, la habilidad política de unificar el espíritu del Estado, de interpretar el acuerdo de paz a través del justo medio, de congregar a todos los sectores de la sociedad en un interés común. Toda vez, que no pudiera lograrse la reconciliación y cumplirse los fines esenciales del proceso de transición, si se construye un acuerdo que sea ajeno a los distintos sectores sociales. Un acuerdo en cuya estructuración haya intervenido voluntades particulares, difícilmente producirá un compromiso moral con seguridad jurídica y efectos *erga omnes*. ■

Referencias bibliográficas

- Sentencia "Hauer", 44/79 (Tribunal Europeo de Justicia 13 de Diciembre de 1979).
- Sentencia "Wachauf", 5/88 (Tribunal Europeo de Justicia 13 de Julio de 1989).
- Constitución Política de Colombia, Preámbulo. (1991).
- Sentencia de la T-439, T-439 (Corte Constitucional de Colombia 1992).
- Sentencia C-239, C-239 (Corte Constitucional de Colombia 1997).
- Sentencia C-371, C-371 (Corte Constitucional de Colombia 2000).
- Sentencia del caso Chumbipuma Aguirre y otros vs. Perú (caso Barrios Altos 14 de Marzo de 2001).
- Ricardo Canese vs. Paraguay (Corte Interamericana de Derechos Humanos 31 de agosto de 2004).
- Sentencia C-370, C-370 (Corte Constitucional de Colombia 2006).
- Sentencia C-370 , C-370 (Corte Constitucional de Colombia 2006).

Caso Castañeda Gutman v. Estados Unidos Mexicanos (Corte Interamericana de Derechos Humanos 6 de agosto de 2008).

Caso Kimel v. Argentina (Corte Interamericana de Derechos Humanos 2 de mayo de 2008).

INSTRUMENTOS DEL ESTADO DE DERECHO PARA SOCIEDADES QUE HAN SALIDO DE UN CONFLICTO . (2008). OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS.

Caso Usón Ramírez vs. Venezuela (Corte Interamericana de Derechos Humanos 20 de noviembre de 2009).

López Mendoza vs. Venezuela (Corte Interamericana de Derechos Humanos 1 de septiembre de 2011).

Sentencia, C-180 (Corte Constitucional 2014).

Sentencia C-180 (2014).

Acto Legislativo 01 de 2012. "Marco Jurídico para la Paz. (s.f).

Alexy, R. (2002). *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, CEPC .

Alexy, R. (2007). *El Principio de Proporcionalidad en el Estado Constitucional* . Bogotá: Universidad Externado.

Alexy, R. (2015). *Dignidad Humana y Proporcionalidad*. Bogotá: Universidad del Rosario.

Alexy, R. (2015). *Dignidad Humana y Proporcionalidad*. Bogotá: Universidad del Rosario.

Andrieu, K. (2010). *Civilizing Peacebuilding: Transitional Justice, Civil Society and the Liberal Paradigm*. *Security Dialogue*.

Aristóteles. (1969). *La Política*. Madrid: Austral.

Aristóteles. (1969). *La Política*. Madrid: Austral.

B, R. (s.f.). *The History of Western Philosophy*. New York: Simon & Schuster.

B, R. (s.f.). *The History of Western Philosophy*. New York: Simon & Schuster.

BELL, C. (s.f.). *On the law of peace*. Oxford.

Bell, C. (2008). *On the Law of Peace: Peace Agreements and the Lex Pacificatoria*. *Oxford University Press*.

Botero, E. G. (2013). *Responsabilidad Extracontractual del Estado*. Bogotá: Temis.

Briz, J. M. (s.f.). *La Paz ¿un derecho humano?* Obtenido de <http://www.seipaz.org/documentos/AlemanyaDHPaz.pdf>

- Caballero, A. (s.f.). *Historia de Colombia y sus oligarquías, Capítulo 4*. . Obtenido de http://bibliotecanacional.gov.co/proyectos_digitales/historia_de_colombia/capitulo4.html
- Carlos Bernal Pulido, G. B. (2016). *Justicia Transicional: retos teóricos. Tomo I* (Vol. 1). Bogotá: Universidad Externado de Colombia; Ejercito Nacional de Colombia.
- Constitucional, S. S. (s.f.). Sentencias T-401 de 1992. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Córdoba, F. E. (2006). La Justicia Restaurativa y las Teorías de la Justicia. *Academia Colombiana de Jurisprudencia*.
- Córdoba, F. E. (2006). La Justicia Restaurativa y las Teorías de la Justicia. . *Academia Colombiana de Jurisprudencia*.
- Díaz, C. G. (2011). Paz y derechos humanos. *Nueva Epoca. Vol. 17. No 36* .
- Dicc RAE. (s.f.).
- Elster, J. (2006). *Rendición de Cuentas: la justicia transicional en perspectiva histórica* (1 ed.). Buenos Aires: Katz.
- ELSTER, J. (2006). *Rendición de cuentas: la justicia transicional en perspectiva histórica*. Buenos Aires: Katz.
- Espiell, H. G. (s.f.). Definición, análisis y situación del derecho humano a la paz. *Dehuidela*.
- Espinosa, M. J. (2007). *Polémicas Constitucionales*. Bogotá: Legis.
- Estatuto de Roma, Preámbulo*. (s.f.).
- Estatuto de Roma, Preámbulo*. (s.f.).
- Grocio, H. (1625). *Prolegómenos del Derecho de Guerra y Paz*.
- Han, B.-C. (2014). *Duft der Zeit: Ein philosophischer Essay zur Kunst des Verweilens*. Bielefeld: Transcript Verlag.
- <https://www.mesadeconversaciones.com.co/sites/default/files/borrador-conjunto-acuerdo-sobre-las-victimas-del-conflicto-1450190262.pdf>. (s.f.).
- Humanos, C. d. (2012). *Informe a la Asamblea General de Naciones Unidas, referente a la "promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo*.
- Humanos, C. I. (s.f.). *Parte II – Medios de Protección. Capítulo VI sobre los Organismos Competentes, Artículo 33*. .

- Ibarra-Sánchez, C. D. (2016). De la guerra y de la paz. La filosofía del derecho en torno a los delitos de lesa humanidad y un posible encuentro con la paz. *Revista Principia Iuris*, 153-170.
- Iverson, J. (2013). Transitional Justice, Jus Post Bellum and International Criminal Law: Differentiating the Usages, History and Dynamics. *Int Journal of Transitional Justice*, 413-433.
- José Ignacio Rainer Arnold, F. Z. (2 de Mayo de 2012). *Los principios de razonabilidad y de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Obtenido de Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002012000100003
- juristas, C. c. (2007). *Principios Internacionales sobre Impunidad y Reparaciones*. Bogotá: Opciones Gráficas.
- Juristas, C. C. (2007). *Principios Internacionales sobre Impunidad y Reparaciones*. Bogotá: Opciones Gráficas.
- Kritz, N. (1995). *Transitional Justice: How Emerging Democracies Reckon with Former Regimes*. Washington D.C.: The United States : Institute of Peace.
- Kritz., N. J. (1995). *Transitional Justice: How Emerging Democracies Reckon with Former Regimes*. Washington D.C.: United States Institute of Peace Press.
- Laporta, F. (2000). *Entre el derecho y la moral*. México: Fontamara.
- Lopera, G. (2004). Los derechos fundamentales como mandatos de optimización. *DOXA - Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 211-243.
- M., S. (2013). *Justicia ¿hacemos lo que debemos?, 1ra ed*. Bogota, Colombia: Random House Mondadori.
- MANI, R. (2011). *Justicia Transicional*. Bogota: Siglo del Hombre Editores: Universidaddelos Andes, Pontificia Universidad Javeriana, Instituto Pensar.
- Mertel. (s.f.). *Truth in a box: the Limits of Justice through Judicial Mechanisms*.
- Organización de Naciones Unidas (ONU). (s.f.). *The rule of law and transitional justice in conflict and post-conflict societies*. Obtenido de <https://www.un.org/ruleoflaw/files/2004%20report.pdf>
- Park, A. (2010). Peacebuilding. The rule of law and the problem of culture. Assimilation, multiculturalism, Deployment. *Journal of Intervention and Statebuilding* , 413.
- Pulido, C. B. (2005). *El principio de proporcionalidad de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Pulido, C. B. (2005). *El principio de proporcionalidad de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

- Pulido, C. B. (2007). *El Principio de Proporcionalidad en el Estado Constitucional*. Bogotá: Universidad Externado.
- Quinche Ramírez, M. F. (2014). *La dimensión normativa de la justicia transicional, el sistema interamericano y la negociación con los grupos armados en Colombia*. Anuario Colombiano de Derecho Internacional.
- Quinche Ramírez, M. F. (2014). *La dimensión normativa de la justicia transicional, el sistema interamericano y la negociación con los grupos armados en Colombia*. Anuario Colombiano de Derecho Internacional.
- Quirós, D. Z. (s.f.). *Justificación del Castigo e Inflación Penal*.
- Rawls, J. (1978). *Teoría de Justicia*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Real Academia de la Lengua Española, R. (s.f.). *Diccionario de la RAE*. Obtenido de <http://dle.rae.es/srv/fetch?id=R7YxPPp>
- Richmond, O. P. (2009). The Romanticisation of the Local: Welfare, Culture, and Peacebuilding. *The International Spectator*, 149-169.
- ROXIN, C. (2008). *Fundamentos político-criminales del Derecho Penal*. Buenos Aires: Hammurabi.
- ROXIN, C. (2008). *Fundamentos político-criminales del Derecho Penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 1ª edición.
- Rubio, M. B. (s.f.). Reflexiones sobre justicia penal restaurativa. *Internacional Derecho Penal Contemporáneo*.
- Sánchez, J.-M. S. (s.f.). ¿Nullum crimen sine poena? Sobre las doctrinas penales de la "lucha contra la impunidad" y del "derecho de la víctima al castigo del autor".
- Sánchez, J.-M. S. (s.f.). ¿Nullum crimen sine poena? Sobre las doctrinas penales de la "lucha contra la impunidad" y del "derecho de la víctima al castigo del autor".
- Sánchez, G. I. (2013). Justicia transicional "desde abajo": Un marco teórico constructivista crítico para el análisis de la experiencia colombiana. *Co-herencia Vol. 10, No 19*, 137-166.
- Santa Biblia*. (s.f.).
- Santa Biblia*. (s.f.). *Deuteronomio 5, 32 – 33*.
- Santa Biblia*. (s.f.). *Deuteronomio 6, 25*.
- Santa Biblia, Deuteronomio 5, 32 – 33*. (s.f.).
- Santa Biblia, Deuteronomio 6, 25*. (s.f.).

- Schuster, S. &. (s.f.). Russel B, The History of Western Philosophy. New York, Estados Unidos.
- Schuster, S. &. (s.f.). Russel B, The History of Western Philosophy. New York, Estados Unidos.
- Sharp, D. N. (2013). Interrogating the peripheries: The preoccupations of fourth generation transitional justice. *Harvard Human Rights Journal*, Vol 26, 156.
- Teitel, R. (2000). *Transitional Justice*. Oxford University Press.
- TEITEL, R. (s.f.). *Transitional Justice*. 2000: Oxford University Press.
- Teitel., R. (2003). Transitional Justice Genealogy. *Harvard Human Rights Journal*, Vol. 16, 69-94.
- U.N. Secretary General. (2004). *The Rule of Law and Transitional Justice in Conflict and Post-Conflict Societies*. UN Doc. S/2004/616.
- U.N. Secretary-General. (2009). *Report of the Secretary General on Peacebuilding in the immediate Aftermath of Conflict*. U.N. Doc. A/63/881-S/2009/304.
- UNESCO. (s.f.). Obtenido de http://www.unesco.org/archives/multimedia/?s=films_details&pg=33&id=2800
- Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Javeriana, Instituto Pensar. (2011). *Justicia Transicional*. Bogotá.: Siglo del Hombre.
- Waldorf, L. S. (2010). Localizing Transitional Justice: Interventions and Priorities After Mass Violence. *Stanford University Press*.
- Winter, S. (2013). Towards a Unified Theory of Transitional Justice. *International Journal of Transitional Justice*, 224-244.
- Yugoslavia, T. I. (s.f.). Caso Prosecutor v. Erdemovic.