

Es claro que la crisis colombiana de derechos humanos y derecho humanitario no se superará por virtud de ese simple cambio de denominación. Pero sería una concesión, pequeña pero importante, al derecho a la verdad, para que todas y todos sepamos a ciencia cierta a qué atañemos en esta materia en Colombia.

## BIBLIOGRAFÍA

- Constitución Política de Colombia.  
 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso 19 Comerciantes vs. Colombia*. Sentencia de 5 de julio de 2004. Serie C, No. 109.  
 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C, No. 140.  
 Defensoría del Pueblo. Resolución defensorial No. 39 del 2 de junio de 2005.  
 El Tiempo. "Reparación total es imposible": Uribe", p. 1-14, 5 de octubre de 2005.  
 Fiscalía General de la Nación. Oficio No. 0011332, 25 de agosto de 2005, mediante el cual se da respuesta a un derecho de petición ejercido por el Colectivo de Abogados José Alvear Restrepo.  
 Gustavo Gallón Giraldo, "Reconciliación Forzada y usurpación de tierras de la población desplazada", ponencia presentada en el seminario organizado por la Procuraduría General de la Nación y el Consejo Noruego para Refugiados, Bogotá, 23, 24 y 25 de noviembre de 2005.  
 Ley 975 del 25 de julio de 2005. "Por la cual se dictan disposiciones para la reincorporación de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz nacional y se dictan otras disposiciones para acuerdos humanitarios".  
 Procuraduría General de la Nación. Directiva 008 del 21 de abril de 2005.  
 Revista Cambio. "Esta comisión no tiene derecho al fracaso", 19 de septiembre de 2005. en [www.cambio.com](http://www.cambio.com)

## TRADICIÓN PACTISTA Y LEY DE JUSTICIA Y PAZ

MAURICIO GARCÍA VILLEGAS\*

Fecha de Recepción: 26 de Agosto de 2006  
 Fecha de Aceptación: 14 de Septiembre de 2006

### RESUMEN

En este ensayo se muestra cómo el nuevo derecho liberal, igualitarista y fundado en la ley general y abstracta no pudo abolir una larga tradición jurídica basada en la costumbre, los pactos entre fuerzas iguales y la interpretación flexible de las normas. Esta costumbre pactista se ilustra a través de la historia colombiana y se relaciona con el actual proceso de paz con los paramilitares.

### PALABRAS CLAVE

Pactismo, paramilitarismo, constitucionalismo, historia del derecho, amnistias, negociación.

### INTRODUCCIÓN

La historia patria del siglo XIX cuenta cómo la gesta independentista dio lugar a la abolición del régimen colonial y al inicio de una nueva era de libertad e igualdad para todos. Un siglo más tarde los historiadores empezaron a mostrar que no había razones para semejante optimismo y que, por el contrario, muchas de las viejas estructuras coloniales habían sobrevivido a los cambios institucionales y a las nuevas relaciones políticas<sup>1</sup>. No sólo las estructuras económicas que sustentaban una sociedad jerarquizada y de privilegios se adaptaron a los nuevos idearios políticos y jurídicos; también lo hizo buena parte de la cultura social y política colonial.

En este ensayo intento mostrar cómo el nuevo derecho liberal, igualitarista y fundado en la ley general y abstracta no pudo abolir una larga tradición jurídica basada en la costumbre, los pactos entre fuerzas iguales y la interpretación flexible de las normas.

Dividido la exposición en cuatro partes. En las dos primeras explico el contraste conceptual entre un constitucionalismo pactista, propio de la época colonial, y uno contractualista propio de la república. En la tercera parte muestro cómo la tradición pactista sobrevivió a los intentos republicanos por abolirla. En la cuarta parte trato de ilustrar las ideas anteriores con algunos ejemplos de pactos hechos durante la época republicana. Finalmente, extraigo algunas conclusiones.

\* Profesor asociado de la Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales. [mgarciav@djis.org.co](mailto:mgarciav@djis.org.co)  
 1 Al respecto véase (Romero 1999, 2001; Guerra 2000; Góngora 2003).



Durante la colonia la sociedad era concebida a través de la metáfora organicista: se suponía que el rey, los señores y los vasallos hacían parte de un solo órgano viviente al cual se debían todos. El rey era superior a las demás partes pero no era superior al todo<sup>1</sup>. Para gobernar, el rey debía ser justo, esto es, debía respetar y mantener los fueros y la autonomía relativa de cada una de las diferentes comunidades cuyo conjunto constituía la Monarquía<sup>2</sup>.

La sociedad colonial estaba fundada en una concepción orgánica y católica, en la cual poca cabida tenían las nociones de individuo o de derechos. Dicha concepción favorecía las relaciones jerárquicas, las prerrogativas y el poder fundado en la autoridad.

A falta de individuos, en el sentido moderno de este término (Constant 1989), había corporaciones que detentaban lo esencial del poder político, moral y económico, pero sobre todo había comunidades organizadas en forma de pueblos. El sistema político estaba concebido como un pacto entre el rey y sus pueblos —no entre el rey el pueblo— a partir del cual cada parte se comprometía a respetar aquello que había sido dispuesto por la costumbre, y en últimas por el derecho natural y por Dios<sup>3</sup>. Según esto, el Rey estaba obligado a mantener los fueros, los privilegios y las libertades de sus pueblos o, de lo contrario, éstos tenían derecho a resistir, o incluso a tomar las armas (De Aquino 1988).

Para impedir que la resistencia se generalizara o se convirtiera en una rebelión armada, el equilibrio entre las partes podía ser recuperado y los fueros y privilegios restituidos mediante los cabildos, los cuales daban lugar a un complejo sistema de representación corporativa estructurada de manera jerárquica según cada pueblo (Annino 2003) p. 159.<sup>5</sup>

Para evitar la rebelión también podía acudir al derecho. El régimen colonial español fue el producto de la incorporación, adaptación y transformación del derecho metropolitano español, arraigado en la tradición medieval *iusnaturalista* europea, a las circunstancias complejas y variables que tuvieron lugar por aquel entonces en los territorios coloniales (Cutler 1999). El derecho español estaba consagrado en documentos tales como *El Ordenamiento de Alcalá* (1384), las *leyes de Toro* (1505), *Nueva recopilación de Castilla* (1567) y *Novísima recopilación de Castilla* (1805). Subordinados a tales normas estaban los fueros o cartas municipales, los cuales debían ser aplicados a falta de norma real. En tercer lugar estaban las normas de derecho romano y canónico contenidas en las *Siete Partidas de Alfonso X*. Inicialmente, en las Indias españolas se aplicaban las normas

<sup>1</sup> Al respecto ver Santo Tomás de Aquino *De regimine Principum* y Juan de Silsbury *Policraticus*. Para una explicación histórica véase (Fioravanti 2001).

<sup>2</sup> Esta relación: Sañer-Vestillo siguió la tradición del *iusnaturalismo* católico del siglo XVI, defendido por la escuela neoscholástica de Salamanca, cuyas cabezas visibles eran Francisco de Vitoria, Francisco Suárez, Bartolomé de las Casas y Juan de Mariana.

<sup>3</sup> Sobre el constitucionalismo pactista véase (MacKay 1991; Fioravanti 1998).

<sup>4</sup> Sobre el funcionamiento de los cabildos véase (Ota Capdequí 1967), pp. 151 y ss.).

producidas en el régimen de Castilla. En 1614, sin embargo, Felipe III determinó que sólo tendrían vigor aquellas normas formuladas de manera específica para los territorios coloniales. Así se creó la *Recopilación de las Indias* de 1680 y el inicio de un orden legal específico en la América española. Pero el derecho originado en Castilla sólo era una fuente normativa entre otras, si bien, desde el punto de vista puramente formal, se le consideraba superior a las demás. Las normas locales emanadas de los virreyes, las audiencias, los gobernadores, los corregidores, los alcaldes y los cabildos, muchas de ellas fundadas en la costumbre y la equidad, comprendían el grueso del derecho aplicado en las Indias y a este se le conoce como *derecho indiano criollo*. A medida que se desarrollaba el régimen colonial, las fuentes locales del derecho, y en particular la costumbre, fueron ganando terreno, de tal manera que a finales del siglo XVIII el derecho indiano criollo había adquirido una entidad sustancialmente diferente a la del derecho castellano. El resultado de la transferencia legal, desde España, a más de cinco mil kilómetros de distancia, hacia las Indias españolas, fue la creación de un derecho original y dotado de vínculos difusos frente a sus fuentes españolas.

Una ilustración de la flexibilidad del derecho colonial puede verse en la conocida fórmula del derecho indiano "se acata pero no se cumple", la cual tenía la función de adaptar el derecho que venía de la península ibérica a las condiciones insospechadas de las colonias, de tal manera que los desencuentros entre el monarca y sus pueblos no terminaran en la rebelión<sup>6</sup>. Los pueblos reconocían el poder de España para legislar pero al mismo tiempo reivindicaban su derecho a poner en tela de juicio su aplicación cuando las circunstancias lo justificaran. De esta manera se creó un derecho flexible en su concepción y en su práctica. "Una de las implicaciones de esta tradición —dice Antonio Annino— fue que la justicia se consideró siempre negociable porque se predicaba entre voluntades igualmente legítimas, el rey y los súbditos de su reino" (Annino 2003) p. 407.

En el ámbito jurídico se hacía la distinción entre justicia y derechos, de acuerdo con la diferencia establecida por el Derecho Romano entre *ius* y *lex* (García-Pelayo 1968). La justificación esencial del derecho era la realización de la justicia, siendo la ley un mero instrumento en la búsqueda de este propósito. La primera función del rey era la de administrar justicia.

Con el paso del tiempo la palabra derecho y la palabra *ius* se utilizaron como sinónimos y en claro contraste con la idea de ley. El derecho era el derecho justo; Según esta axiología jurídica *iusnaturalista* que fue impuesta en las Indias y que tuvo expresión en innumerables textos de doctrina y legislación desde los pioneros de San Isidro —o Isidoro— de Sevilla hasta los de Santo Tomás de Aquino, pasando por las *Siete Partidas de Alfonso*

<sup>6</sup> Se ha escrito mucho sobre esta fórmula. Al respecto véase (Tau Anzoátegui 1992) y (Phelan 1960). Ya tenía antecedentes en la normativa de Burgos, Briviesca y Castilla. La posibilidad de invocar el incumplimiento de las normas a través de la fórmula "se obedece pero no se cumple" empezó a languidecer con el advenimiento del absolutismo en la segunda mitad del siglo XVIII (Tau Anzoátegui, 1992 #702).



el Sabio, las normas del derecho debían estar fundadas en la razón, la ruda equidad<sup>7</sup> y el bien común o de lo contrario perdían su naturaleza. De allí la célebre definición de ley que propone Santo Tomás de Aquino: "una ordenación racional al bien común, promulgada por autoridad que tiene a su cargo el cuidado de la comunidad". El derecho debía ser justo para que fuera derecho (Uprimny 1953). Esta dependencia de la validez jurídica respecto de los contenidos justos, creó en los jueces y administradores locales un tipo de práctica jurídica favorable a la interpretación y adaptación del derecho.

El juez colonial cumplía una función primordial en este esquema: en una situación de precariedad del derecho escrito, debido a la novedad de las circunstancias coloniales y a la dispersión e incomunicación extremas entre las poblaciones<sup>8</sup>, las audiencias y demás instancias judiciales cumplían un papel integrador y legitimador de gran importancia<sup>9</sup>.

A través de la flexibilización de los contenidos jurídicos, las audiencias lograron conciliar la validez hispánica del derecho indiano y el principio de autoridad real, con las necesidades y los intereses propios de la sociedad colonial. La discreción judicial, conocida como *arbitrio judicial*, fue el mecanismo legal que permitió adaptar la legislación a las necesidades e intereses locales de tal manera que se evitaran las decisiones irrazonables<sup>10</sup>. Para lograr este propósito era indispensable que la costumbre y la equidad fuesen consideradas como las fuentes primordiales del derecho aplicado por los jueces y por la administración<sup>11</sup>.

## II. CODIFICACIÓN, CONSTITUCIONALIZACIÓN Y COSTUMBRE EN LA REPÚBLICA

La idea del pacto rey-pueblos empezó a ser puesta en duda a mediados del siglo XVIII con la recepción en España de las ideas absolutistas que venían de Francia y según las cuales los reyes no tenían límite alguno en el ejercicio del poder y, en consecuencia, la idea medieval de pacto quedaba excluida. El ideario absolutista fue percibido como un avance moderno y buscaba una mayor eficiencia de la administración pública en España y un mayor control de la sociedad por parte del Estado.

7 Villego, 1992.

8 "El desconocimiento de la realidad americana --dice Tau Anzoátegui-- y de sus problemas, obligó al rey y al consejo, como es sabido, a legislar con base en las informaciones obtenidas, que generalmente eran deficientes para adquirir un conocimiento cabal de aquella realidad (...) A ello se sumaba lo heterogéneo de la vida indiana, que impedía reducir a reglas generales el gobierno de esas vastísimas tierras" (Tau Anzoátegui 1992).

9 C. H. Haring considera que las audiencias fueron las instituciones más importantes del gobierno español en las Indias, mucho más que sus similares *concellerías* en España (Haring 1947).

10 En la Recopilación de Indias se estableció que las normas reales debían ser obedecidas, "siendo el negocio de calidad, que de su conocimiento se siguiera escándalo conocido, o dolo irreparable (...)". Véase Recopilación de Indias 2.1.22; Nueva Recopilación de Indias 4.14.2; Novísima Recopilación 3.4.4.; Partidas 3.18.29.

11 Sobre la importancia de la costumbre en el derecho indiano véase (Tau Anzoátegui 1970). (Tau Anzoátegui 1992:12).

El absolutismo se impuso en la península ibérica sin mayores dificultades. En las colonias de América, en cambio, la recepción del absolutismo no sólo no produjo los cambios esperados --en ello influyó la mayor autonomía que tenían los pueblos y quienes detentaban privilegios en América<sup>12</sup>-- sino que contribuyó a gestar el descontento criollo que llevaría a la independencia. La defensa de la soberanía monárquica implicaba un conflicto muy fuerte no sólo con los individuos que detentaban prerrogativas, franquicias o fueros sino también con la iglesia<sup>13</sup>, la cual, por la naturaleza de la empresa misional, gozaba de privilegios particularmente importantes en los territorios coloniales.

Con el advenimiento de la independencia, el derecho colonial, fundado en la idea de pacto y en la costumbre local, fue incluido en la lista de los males imperiales del antiguo régimen. Dos importaciones jurídicas fueron utilizadas para desterrar la ideología pactista. La primera de ellas fue la codificación, venida de la Francia moderna pos-revolucionaria. La codificación pretendía identificar el derecho con la ley (*lex*) --no con lo justo (*jus*) como sucedía antes-- y la mejor encarnación de este ideal era el célebre Código de Napoleón de 1804<sup>14</sup>.

Inicialmente, la recepción del pensamiento codificador produjo importantes batallas jurídicas<sup>15</sup>. Pero pronto fue consolidándose a lo largo del continente. La primera gran victoria de la codificación fue el código civil de Oaxaca que se promulgó por partes entre 1827 y 1829 y cuyo título preliminar era una versión del código de Napoleón<sup>16</sup>. Le siguieron los códigos de Bolivia (1831), Costa Rica (1841) y República Dominicana (1845). Pero es el

12 El alejamiento geográfico, las dificultades de comunicación y las prácticas clientelistas reforzaban esta autonomía (Guerra 2000) p. 79).

13 Según François-Xavier Guerra, "La soberanía del Rey pretende extenderse no sólo a la iglesia y a los cuerpos privilegiados, sino a la familia, a la propiedad privada (...)" (Guerra 2000).

14 Los seis primeros artículos del título preliminar de este código contienen todo un paradigma jurídico político que identifica derecho y ley (Clavero 1994). Tal identificación no es explícita, pero se deduce claramente de la redacción de los artículos, los cuales desarrollan un concepto de derecho que sólo tiene por fuente la ley. El artículo cuarto dice así: "El juez que se niegue a juzgar, con pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley, podrá ser acusado como delincuente de denegación de justicia".

15 Al llegar a España, el código de Napoleón choca con una concepción tradicional que no sólo establecía la pluralidad de fuentes jurídicas --legalación, costumbre, jurisprudencia-- sino que desconocía la existencia de fronteras claras entre religión e interpretación de aquellas fuentes. No obstante, el código civil francés, con su vocación universalista y racional, fue objeto de una recepción entusiasta por parte de juristas simpatizantes del proyecto modernista francés. Sin embargo, este entusiasmo no se ve del todo reflejado en la constitución de Cádiz de 1812, la cual, si bien en algunos de sus apartes parece identificar el derecho con la ley, profiere la adopción de una concepción constitucionalizada de los derechos, idea esta que provenía en parte de la legislación de Haití, en la cual el elemento central no era la ley, sino la protección de los derechos individuales, y por supuesto de la revolución estadounidense de 1776.

16 Este título contiene algunas innovaciones como la que trae el artículo 8 cuando establece que todo habitante del estado está obligado a instruirse y a conocer las leyes, lo cual era una exigencia bastante onerosa en una sociedad predominantemente indígena que por lo general no leía el idioma español. Véase (Chance 1982).



código civil chileno de 1855 el más representativo e influyente de las compilaciones civiles que se hicieron durante la segunda mitad del siglo XIX en América Latina<sup>17</sup>.

El código civil chileno de don Andrés Bello fue adoptado casi sin modificaciones por Colombia en 1873 durante la vigencia del régimen federal<sup>18</sup>. En Colombia se estableció entonces que "la ley es una declaración de la voluntad soberana manifestada en la forma prevista en la constitución nacional" (art. 4). La costumbre, por su parte, "...en ningún caso tiene fuerza contra la ley" (art. 8) y "la ignorancia de la ley no sirve de excusa" (art. 9). Un reforzamiento similar de la primacía de la ley tuvo lugar en los códigos civiles de Venezuela de 1862, Uruguay de 1868, Paraguay de 1876, Argentina de 1869 y México en 1870. Este último fue renovado con modificaciones mínimas en 1884 y 1928.

La segunda importación moderna fue el constitucionalismo, proveniente de los Estados Unidos. Al inicio de la república hubo un relativo consenso alrededor de la necesidad de adoptar constituciones escritas como punto de partida para la construcción de un sistema republicano (Valencia 1987). Si bien se consideraba que las constituciones eran el fruto de un pacto social, una vez promulgadas se suponía que la dinámica pactista—cumplimiento de deberes y obligaciones entre iguales— se dejaba de lado en beneficio de una ley superior que obligaba a todos y no podía ser cuestionada (Ackerman and Rosenkrantz 1991).

Este nuevo constitucionalismo contractualista estaba en contraste con el viejo contractualismo pactista que venía del derecho consuetudinario medioeval y que se alimentaba de la idea de constitución mixta (Fioravanti 2001). En ese derecho antiguo las constituciones eran cartas otorgadas por el rey a sus súbditos, siendo la Carta Magna de 1215 el ejemplo más célebre. Esta fue la tradición jurídica dominante en la

17 Sobre su influencia en el resto del continente véase (Guzmán Brito 1982). El código fue elaborado a partir de la traducción del Código civil francés de Napoleón hecha por don Andrés Bello y contiene un estudio introductorio de Gumersido de Azcaráte. Véase (Bravo Lira; Guzmán Brito 1982). El título preliminar de este código contiene seis secciones que desarrollan los conceptos: la promulgación, los efectos, la interpretación, el entendimiento y la derogación de la ley. El derecho es aquí entendido como la ley, la cual es percibida como una declaración de la voluntad soberana que sólo puede ser interpretada por el legislador. La voluntad soberana expresada en la constitución, por una parte, y la costumbre proveniente de la realidad social, por la otra, se ubican en los dos extremos de una tríada en donde la ley es el punto intermedio, y son, en la práctica jurídica, subsumidas en la voluntad del legislador. La tríada es simbólica, no instrumental. La costumbre es reconocida, pero únicamente cuando es remitida por la ley. De esta manera se consagra la marginalidad jurídica del Derecho Indiano y con ella el desmoronamiento del derecho moderno con la realidad social. La jurisprudencia, por su parte, sólo tiene obligatoriedad respecto de los casos concretos a los cuales se refiere. Es cierto que el legislador decide en consonancia con la constitución, pero ésta, la constitución, es aquí una mera referencia abstracta, producto de la idea rooussoniana según la cual la voluntad soberana en este caso encarnada en el legislador— es la fuente de la constitución. De esta manera el código presupone no sólo una identidad entre ley y derechos sino también entre soberano y ley. La vía constitucional queda reducida a la vía legal.

18 (Bravo Lira).

colonia. Se caracterizaba por una concepción del derecho que supeditaba la justicia al derecho y con ello implicaba una gran flexibilidad de las reglas jurídicas, que si no era mayor y no producía más descalabro e inestabilidad jurídica, era por el enorme poder unificador de una hegemonía político-religiosa ampliamente consolidada.

De otra parte, el indulto y la amnistía eran vistos como la consecuencia del derecho a hacer la guerra. Pacto e indulto son las dos caras jurídicas de la misma moneda (Orozco 1992).

La constitución y los códigos impusieron un sistema de normas, valores y comportamientos elaborados bajo el supuesto de su racionalidad y universalidad, lo cual estaba en claro contraste con una realidad social heterogénea y multicultural que difícilmente se acomodaba a tales categorías normativas, empezando por la existencia de barreras lingüísticas que impedían a la población indígena, muchas veces mayoritaria, acatar lo dispuesto por una élite gobernante criolla y citadina.

### III. SUPERVIVENCIA DE LA TRADICIÓN PACTISTA EN LA REPÚBLICA

Los líderes de la independencia hicieron la revolución contra España, y en particular contra el absolutismo impuesto por las reformas borbónicas. Sin embargo, paradójicamente, coincidían con esas ideas absolutistas en su rechazo al pactismo y a los privilegios. Los revolucionarios—tanto como los absolutistas—intentaron sustituir el fundamento pactista del poder y la defensa de los privilegios por las ideas de la soberanía popular que habían prosperado en la Francia revolucionaria<sup>19</sup>. Allí también se quiso acabar con los privilegios de los cuerpos intermedios. Para ello se estableció que el poder se fundaba en una relación sin intermediarios entre los individuos, que constituían el Pueblo, y el Estado, en cabeza de sus representantes. Con fundamento en esta dicotomía se expidió el 14 de junio de 1791 la famosa ley "Le Chapelier" que ordenaba la abolición de las corporaciones, entre ellas los clubes y las sociedades populares<sup>20</sup>. Esta ley respondía al temor que tenían los miembros de la Asamblea de que la titularidad de la soberanía popular se concentrara en los clubes y sus dirigentes en detrimento de la representación en la Asamblea, la cual estaba fundada en el voto individual.

El rechazo de los privilegios y del sistema pactista se consolidó en Francia—sobre todo durante los periodos napoleónicos—mientras que, en buena medida, fracasó en las nacientes repúblicas americanas. Un nuevo lenguaje fue adoptado. En lugar de reinos se empezó

19 Esto dio lugar a una tensión entre dos concepciones de la soberanía: una absoluta, tipo francés, y otra limitada, a la manera inglesa. Esta tensión fue particularmente fuerte en los primeros meses de la Revolución Francesa cuando el parlamento de París—que no era un cuerpo legislativo sino un tribunal de justicia conformado por nobles depositarios de privilegios— se enfrentó al monarca (Furet and Richet 1973) pp. 54-59.

20 "Artículo 1. Por ser una de las bases fundamentales de la Constitución francesa, queda abolido todo tipo de corporación de ciudadanos, de la misma profesión u ocupación. Esta prohibido establecerlas de hecho, bajo cualquier pretexto o forma que sea" (González Pacheco, 1998: 69).



a hablar de naciones; el derecho ya no evocaba privilegios y fueros sino constituciones y leyes; los súbditos se convirtieron en ciudadanos. Sin embargo, este nuevo lenguaje no logró desterrar la estructura de poder señorial que operaba en los pueblos, entendidos como la unidad básica de legitimación política. El concepto de nación tuvo que ser adaptado: ya no estaba constituido por individuos—como lo pensaba Sieyès en Francia— sino por provincias, estados o pueblos. No por El Pueblo, sino por los pueblos, dice François-Xavier Guerra (Guerra 2000) p. 214), o mejor aún, por las élites de los pueblos.

Los caudillos locales que surgieron de las guerras de independencia y las viejas castas señoriales de los pueblos tenían el poder suficiente para imponer una adaptación del lenguaje revolucionario a sus propios intereses. Por eso, más que revoluciones hechas por las clases criollas, dice Antonio Annino (2003, p. 160), la independencia fue una revolución hecha por las comunidades locales.

El viejo catálogo *iusnaturalista*—el *jus*— tampoco pudo ser reemplazado por el derecho positivo—el *lex*— inscrito en las nuevas constituciones escritas. La política local seguía siendo más importante que la ley general. Se consideraba que "un pueblo siempre tenía derecho a revisar, reformar y mudar su constitución"<sup>21</sup>. Cuando una de las facciones políticas conseguía derrostrar a su rival a través de la guerra, promulgaba una constitución con la estructura y el ropaje de un código superior—separación de los poderes, derechos y libertades, control del poder, etc.—pero que funcionaba como un pacto que podía ser roto cuando una de las partes—la facción opuesta—estimaba que la sociedad o el cuerpo político estaba en peligro de disolución (Demélas 2003) p. 598 y (Valencia 1987).

Es por eso que manifestaciones populares de apoyo o rechazo de los gobiernos a través de actas, proclamas, peticiones, tenían más fuerza constituyente que los textos constitucionales mismos. Estas prácticas—dice Marie-Danielle Demélas—permitían inscribir la novedad de la representación democrática en las cadenas de clientelas locales y de antiguas fidelidades, y contra la atomización moderna recordar la unidad constitutiva de la sociedad" (Demélas 2003) p. 610).

#### IV. CONSTITUCIONALISMO CONTRACTUALISTA Y PACTISMO

Desde la independencia a principios del siglo XIX, la historia de Colombia ha estado marcada por la guerra entre facciones políticas y por los pactos sucesivos entre vencedores y vencidos<sup>22</sup>. Sin embargo, la guerra y la política no impidieron una enorme producción de discurso jurídico. En el siglo XIX Colombia adoptó quince constitucio-

21 Tomado de un artículo titulado "Los derechos del hombre" publicado en el periódico revolucionario mexicano *El Redactor General* y citado por Guerra (Guerra 2000) 312).

22 Las guerras civiles—al contrario de lo sucedido en Europa (Tilly 1985; Elias 1986)—no debilitaron a los poderes locales y a las comunidades. Por el contrario, reforzaron su poder político e implantaron una tradición de rebeldía y bandolerismo que todavía persiste en algunos países del continente.

nes nacionales: dos durante la guerra de independencia (1810-1819), cinco durante el período de la Gran Colombia (1819-1830), cuatro en la Nueva Granada (1830-1858), tres durante la Federación (1858-1886) y una originada en la Regeneración (1886-1903) (Valencia 1987). La mayoría de ellas fueron promulgadas por facciones políticas que salían victoriosas de una guerra civil.

¿Qué papel jugaron el derecho y las instituciones en medio de esta realidad bélica? ¿Qué significado tuvieron las constituciones y los pactos firmados entre los contendores? Como siempre sucede con este tipo de preguntas, la respuesta es compleja, y hay que encontrarla en la intrincada relación entre la visión del mundo jurídico dominante en esa época y las prácticas jurídicas.

Lo que parece haber sucedido durante la república, y particularmente durante el siglo XIX, es una combinación entre, por un lado, la adopción de códigos y constituciones fundadas en el ideario contractualista—a partir de las cuales se intentaba seguir el camino trazado por Francia y Estados Unidos—y, por el otro, el apego a una práctica jurídica de tipo pactista que seguía viendo la justicia, o mejor, la percepción de justicia, como algo que estaba por encima de las reglas de juego.

#### A. HISTORIA DE PACTOS

En el siglo XIX tuvimos 17 procesos de amnistía y en siglo XX tuvimos 9. Hubo además 63 indultos en estos dos siglos. Como dice Gonzalo Sánchez (2006, p. 99), en todos estos casos "la rutinización de la amnistía alimentó la rutinización de la guerra". Veamos brevemente algunos ejemplos históricos que muestran este híbrido constitucional entre contractualista y pactista.

La historia del pactismo republicano se inicia cuando, a finales de 1828, Simón Bolívar, enfermo y desprestigiado por los años de dictadura, se retira del ejercicio del poder. Lo reemplaza Joaquín Mosquera, quien era bolívariano y liberal moderado. De inmediato surge por todo el país una pugna a muerte entre las facciones bolívarianas y santanderistas. Aparecen levantamientos a lo ancho y largo del país en nombre de la libertad. Los ánimos sólo se calman cuando el general Santander—quien estaba en el exilio desde la conspiración contra Bolívar—es rehabilitado y reelegido para el cargo de Presidente de la República de la Nueva Granada.

Pero quizás la mejor ilustración de un entorno político regido por las reglas pactistas fue la llamada "Guerra de los supremos". Los supremos eran cuatro generales caucanos—Mosquera, Obando, Herrán y López—provenientes de familias ricas y esclavistas. Habían hecho carrera durante las batallas de la independencia y se sentían tan poderosos o más que el Estado central. Todos ellos terminaron siendo presidentes y dominaron el escenario político del país durante veinticinco años.

El primero en sublevarse fue el general Obando, y lo hizo contra el régimen del entonces presidente José Ignacio Márquez. Todo empezó por un asunto de conventos: en 1839 el



Congreso ordenó ejecutar una ley de 1821 que suprimía los conventos menores. Esta medida afectó a varias instituciones religiosas del sur del país. La decisión fue considerada como injusta e inaceptable y por ello dio lugar a una revuelta popular alentada por el clero en Pasto. La iglesia logró que el gobernador de Pasto se sentara a negociar y luego le impuso que suspendiera la aplicación de la ley. Sin embargo, el presidente Márquez desconoció el acuerdo y envió al general Pedro Alcántara Herrán a pacificar la zona. Herrán entró a Pasto ofreciendo un indulto a todos los rebeldes. Pero el ofrecimiento fue rechazado. Los rebeldes decidieron lanzarse a la guerra, y fueron derrotados. Ante la victoria del gobierno, se dispuso, de nuevo, una amplia amnistía para todos los rebeldes. Luego de tres años de lucha, la guerra terminó con el triunfo del gobierno. El Presidente, que para entonces había pasado a ser el general Herrán, expidió una amnistía general.

Luego de la rebelión de Obando, el enfrentamiento entre los partidos condujo a la llamada guerra del medio siglo entre los conservadores y el gobierno de José Hilario López. La guerra le dio el triunfo al gobierno central, el cual, una vez terminadas las hostilidades, ofreció el indulto a todos los combatientes.

Pero quizás el caso más extraordinario sea este. En 1880 el jefe revolucionario Jorge Isaacs se rebeló contra gobierno del Estado de Antioquia; aplastó toda resistencia, apresó al presidente Restrepo Uribe y se declaró presidente legítimo. El gobierno nacional envió tropas para someter a Isaacs y lo consiguió. Entonces Isaacs decidió someterse. El resultado fue la firma de un acuerdo en el que se destaca la obligación de cada bando de expedir un decreto de amnistía a favor de sus opositores. "No deben de ser muchos los casos - dice Jorge Orlando Melo - en los que los jefes de un ejército revolucionario o rebelde amnistian a los miembros del gobierno legítimo". (Melo 2001)

Antes de terminar el siglo hubo guerras que iniciaron y terminaron con características similares. La Guerra contra el régimen conservador (siendo presidente Mariano Ospina) y emprendida por los generales Tomás Cipriano de Mosquera y José María Obando; la Guerra de los conservadores contra los radicales de 1876; la Guerra de 1885, con la cual se puso fin al período del liberalismo radical; y la Guerra de los Mil Días.

La más importante de todas fue esta última, la Guerra de los Mil Días, librada entre 1898 y 1902. Allí se enfrentaron liberales rebeldes contra los conservadores gobernantes. El partido liberal se dividió entre los "pacifistas", dirigidos por Aquileo Parra y renuentes a reanudar el levantamiento armado, y los "guerrillistas", dirigidos por Rafael Uribe Uribe y partidarios de la guerra. Ésta, la más sangrienta de las guerras del siglo XIX, encontró su fin en los tratados de Neerlandia, Wisconsin y Chinácota, los cuales otorgaron amnistía e indulto a los rebeldes. (Melo 2001)

Luego de la Guerra de los Mil Días, el país ingresó en un período de estabilidad. Se consiguieron avances económicos y sociales importantes. Esto permitió un relativo consenso entre las élites que favoreció la aplicación de la constitución de 1886. Sin embargo, no faltaron intentos de sublevación contra el régimen, los cuales dieron lugar a respectivas amnistías e indultos para los vencidos.

El enfrentamiento más grave de todos tuvo lugar a mediados del siglo XX entre los partidos tradicionales, y fue conocido como la época de la Violencia. Se calcula que 300.000 personas perdieron la vida en esta guerra partidista. La violencia terminó con el régimen militar de Gustavo Rojas Pinilla, quien logró poner fin a las disputas entre los partidos y pacificar buena parte del país. Pero los dirigentes políticos querían recuperar el gobierno civil. En 1956 Alberto Lleras, en nombre del partido liberal, y Laureano Gómez, en nombre del conservador, firmaron en España el acuerdo que daría inicio al Frente Nacional y que regiría durante los siguientes 16 años.

El frente Nacional no logró pacificar todos los ánimos. Grupos rebeldes descontentos con los acuerdos empezaron a operar en el centro del país y poco a poco fueron dando lugar a las guerrillas que hoy controlan una buena parte del territorio nacional. Desde entonces el Estado ha hecho varios intentos por negociar con la guerrilla. Quizás el más significativo fue el que tuvo lugar durante el gobierno de Virgilio Barco, cuando se negoció con la guerrilla del M-19. Después de varios ensayos se logró un acuerdo, del cual resultó no sólo la desmovilización y entrega de armas del grupo guerrillero, sino su ingreso en la vida política del país. Los acuerdos requerían inicialmente de una reforma constitucional que en el momento se tramitó ante el Congreso, donde se contaba con el respaldo parlamentario de liberales y conservadores.

La reforma fracasó como consecuencia de la introducción, en el plebiscito ratificatorio, de una pregunta sobre la vigencia de la extradición. Sin embargo, ya existía una ley de indulto y su respectivo decreto reglamentario, que fueron el resultado de las negociaciones con este grupo de insurgentes. El M-19 se desmovilizó el 9 de marzo de 1990.

## B. EL ÚLTIMO CAPÍTULO DE ESTA HISTORIA: EL PACTO CON LOS NARCOTRAFICANTES

Durante la década de los ochenta, los narcotraficantes emprendieron una guerra frontal contra el tratado de extradición firmado entre Colombia y los Estados Unidos. La guerra se libró también en el campo jurídico. En 1985 se demandó la inconstitucionalidad del tratado de extradición. En diciembre de 1986, probablemente con presión por parte de los extraditables, los magistrados de la Corte Suprema votaron la inexecutable de la ley 27 de 1980, que elevaba el tratado a legislación interna. El gobierno volvió entonces a sancionar el tratado con la ley 68 de 1986. El acto fue nuevamente demandado y seis meses después, en 1987, se volvió a declarar la inconstitucionalidad.

En 1990 el presidente César Gaviria estableció una nueva política de "Sometimiento a la Justicia" (decreto de estado de sitio 2047-90). Allí se establecía que la entrega y confesión de delitos daba lugar a la rebaja en la pena y a la no extradición por los delitos cometidos hasta la entrega. Varios narcotraficantes se entregaron. El 8 de octubre del mismo año salió un nuevo decreto (No. 2147), resultado de las negociaciones entre los abogados del Cartel de Medellín y el gobierno, en el cual se precisaron las condiciones en que se garantizaba la no extradición para quien se entregara. El 17 de diciembre y fruto de esas mismas negociaciones, se expidió un tercer decreto, el número 3030 de 1990, especificando la garantía absoluta de no extradición para quien se



entregara, incluso si el delito por el cual se surtía la entrega no era confesado; estipulaba además que habría sitios especiales de reclusión para quienes se acogieran a esta política. En el año siguiente, en la tarde del mismo día en que la Asamblea Constituyente votaba la prohibición de la extradición de ciudadanos colombianos, se entregó a la justicia Pablo Escobar, jefe y creador del cartel de Medellín. En 1997 el Congreso volvió a restablecer la extradición, y desde entonces sigue vigente.

Durante los años 90 la estrategia de la mafia cambió. Muchos de los narcotraficantes crearon grupos paramilitares para defender sus riquezas y negocios de la guerrilla en las zonas rurales del país. Con el apoyo de élites terratenientes azotadas por la violencia y la complicidad de miembros de la fuerza pública, los grupos paramilitares desarrollaron pronto una estrategia ofensiva, basada en el ataque a la población civil que le servía de base o que "simpatizaba" con la guerrilla. En corto tiempo, los paramilitares se apoderaron a sangre y fuego de extensas regiones del país, y establecieron allí complejas estructuras de poder económico y político. De carácter mafioso y gamonal, estas estructuras se fortalecieron, en buena medida, por una actitud complaciente del Estado, que en varios periodos admitió expresamente —a través de sus normas— la delegación de la fuerza pública en grupos de autodefensa para la lucha antisubversiva, y que en los demás momentos no los atacó frontalmente.

Ante el enorme poder acumulado por los paramilitares el gobierno decidió iniciar con ellos un proceso de paz.

En este proceso no se habla de indultos ni de amnistías generales, dado el reproche internacional que en la actualidad reciben estos mecanismos cuando implican el perdón y el olvido de crímenes atroces como los cometidos por el paramilitarismo. Sin embargo, las normas que el gobierno ha propuesto para encausar el proceso de paz —Ley 875 de 2005— están en clara sintonía con la tradición pactista colombiana.

Dado el conflicto evidente entre la Ley de Justicia y Paz y la constitución de 1991, la Corte Constitucional estimó que buena parte del contenido de la ley era inconstitucional, en especial en lo relativo a las condiciones para que los paramilitares accedan a los beneficios penales resultantes de la negociación.

### C. PACTISMO Y CONSTITUCIONALISMO

En el siglo XIX la legitimidad de los vencedores provenía más de las armas que del derecho, lo cual daba lugar a una estabilidad institucional endeble. La falta de legitimidad conducía entonces a los levantamientos militares, los cuales, a su turno, terminaban con la definición de nuevos vencedores y por supuesto con el establecimiento de nuevos pactos. El levantamiento de las facciones partidistas y militares contra el Estado y sus gobernantes se sustentaba en supuestas violaciones al derecho justo y al pacto entre gobernantes y gobernados. El alzamiento en armas era algo que se hacía con una facilidad extrema. La fórmula del constitucionalismo contractualista, o liberal, según la cual las partes en conflicto se someten a unas

reglas de juego constitucionales que no pueden ser puestas en tela de juicio a partir de la percepción de injusticia tuvo poco valor durante el siglo XIX. Se consideraba que el derecho debía ser justo, o de lo contrario no era derecho. Este maximalismo *iusnaturalista* debilitó la institucionalidad y supeditó el derecho a la política y a la guerra.

Mucho de esta cultura pactista siguió operando en la Colombia del siglo XX y principios del XXI. La resistencia y la rebelión siguieron presentándose —aunque con menos frecuencia— y las guerras se siguen zanjando con amnistías e indultos, o con leyes negociadas que se parecen mucho al indulto.

La nuestra parece ser una historia de pactos fundadores y refundadores de la organización social que, más que una historia del constitucionalismo, es la historia de la búsqueda fallida por abolir los poderes intermedios entre el individuo y el Estado y por consolidar un constitucionalismo contractualista o liberal. En esta historia, en lugar de ser un límite al poder político, el derecho y las constituciones son utilizados como herramientas políticas maleables, que se acomodan, mediante la interpretación o el cambio, a las necesidades coyunturales de las élites en el poder.

En todos los ordenamientos jurídicos y en todos los países, la aplicación del derecho conlleva una cierta negociación con la cultura y la estructura de poder dominante en una sociedad (Portes 2005). Por eso los cambios sociales son difíciles cuando se intentan exclusivamente a través de normas jurídicas que, por hallarse en la capa más superficial de la estructura social, son incapaces de modificar comportamientos culturales o estructuras políticas muy arraigadas (North 1993). Con mucha frecuencia los intentos de cambio social en América Latina se han reducido a cambios normativos, lo cual ha hecho que la historia institucional de América Latina sea una historia del fracaso relativo de los intentos por modernizar una sociedad tradicional escindida social y económicamente a través de normas jurídicas.

## V. CONCLUSIONES

Quisiera terminar respondiendo a la siguiente pregunta: ¿Cuál de los dos constitucionalismos, el contractualista o el pactista, contribuye mejor al logro de la paz y a la consolidación del estado?

Mi hipótesis es que la práctica permanente de la negociación como mecanismo de solución de conflictos debilita la regla de la soberanía institucional y por esta vía crea un círculo vicioso de la guerra.

En Colombia tenemos una "cultura de la guerra" que es tan obstinada como la cultura del consenso. La cultura de la guerra y la cultura del consenso están en una relación de incidencia recíproca. Quizás tenemos tanta violencia por el hecho de tener tanta negociación.



Cuando todo es negociable, la ley y el estado pierden entidad y por eso resultan asediados. La cultura del pacto es la vía contraria de la modernidad y del contrato social.

Como dice Gonzalo Sánchez (2006, p. 99): "Hacer como si las guerras no hubieran existido, en aras de la reconstrucción de la unidad nacional política de la nación, ha sido también una forma de perpetuarlas, de negarse a resolverlas".

En Colombia, hacer la guerra resulta poco costoso en el mediano y largo plazo. Douglass North ha mencionado cómo en las colonias españolas, a diferencia de lo que sucedía en las colonias británicas, las leyes eran inciertas y ambiguas (North, Summerhill, and Weingast 2000). Este hecho propiciaba la lucha de las élites y de los grupos por una interpretación y aplicación de la ley que las favoreciera. Allí donde las reglas fueron claras, en cambio, las élites y los grupos de poder lucharon entre ellos por la conquista del mercado. Lo mismo pasa cuando las instituciones son frágiles y carecen de soberanía: cuando eso sucede los grupos sociales se enfrascan en una lucha fratricida por su captura.

Lo anterior no significa que, de entrada, todo intento de negociación con grupos armados débiles al Estado y por lo tanto termine produciendo efectos contraproducentes. Incluso en un país como Colombia, en donde la guerra es casi un mal endémico, los pactos pueden ser un instrumento para lograr la paz. Sin embargo, que ello suceda depende del efecto desinstitucionalizador del pacto, es decir, de la mayor o menor pérdida de institucionalidad que se origina en la suspensión pactada de las reglas jurídicas ordinarias. En principio todo pacto representa una excepción constitucional y por lo tanto conlleva un cierto grado de desinstitucionalización del constitucionalismo contractualista. Este costo se justifica por el logro de la paz, a partir del cual se espera que las instituciones no sólo recobren la fuerza perdida sino que la aumenten considerablemente.

No existen indicadores para medir el grado de desinstitucionalización que produce un acuerdo de paz. Sin embargo, es posible detectar algunas condiciones bajo las cuales el pacto atenta contra la fortaleza institucional y por consiguiente contra la paz duradera. La experiencia histórica nos lleva a pensar que estas condiciones están ligadas a un tipo de negociación que no implica el desmonte de las estructuras de poder de los grupos ilegales que negocian con el Estado. Colombia no ha podido lograr la vieja ilusión revolucionaria de conseguir un estado de derecho por encima de los poderes intermedios. Los pactos de la república han obstaculizado más que propiciado la búsqueda de este propósito.

En el caso de la negociación actual con los paramilitares, todo parece indicar que las estructuras económicas y políticas de estos grupos ilegales no serán desmontadas, que por el contrario, se fortalecerán con la legitimidad otorgada por el nuevo marco de legalidad y que los incentivos para los colinchados (*free riders*) seguirán produciendo efectos devastadores en la institucionalidad.

Las estructuras paramilitares se encuentran enquistadas en las relaciones de poder regional y por eso es tan difícil desmontarlas. Esto se debe, como lo señala Leopoldo Muñoz, al carácter prosistémico de estos poderes. Los paramilitares son menos clan-

destinos que ilegales y por eso, con la negociación lo que obtienen es más la legitimación de su carácter prosistémico que el derecho a ingresar a una estructura de poder y a una sociedad a la cual ya pertenecían<sup>23</sup>.

Por eso mientras más difícil sea el desmonte de las estructuras de poder del grupo ilegal, más exigente tiene que ser el Estado en su negociación con los actores armados.

## BIBLIOGRAFÍA

- Ackerman, Bruce, and Carlos Rosenkrantz. 1991. Tres conceptos de la democracia constitucional. In *Fundamentos y alcances del control judicial de constitucionalidad*. Madrid: Centro de estudios constitucionales.
- Alda Mejías, Sonia. 2004. "Las revoluciones y el sagrado derecho de insurrección de los pueblos: pactismo y soberanía popular en Centroamérica, 1838-1871 U.N.E.D., Madrid Pg. 11, in: Vol. 15., N. 2 (julio-dic. 2004) of "Estudios Interdisciplinarios de América Latina y el Caribe", Tel Aviv University's journal of Latin American studies, edited by Prof. Raanan Rein, Dr Rosalie Sitman, EIAL, Co-Editor E.I.A.L., VOLUMEN 15 N 2 (2004)
- Annino, Antonio. 2003. Soberanías en Lucha. In *Inventando la nación. Iberoamérica siglo XIX*, edited by A. Annino and F.-X. Guerra. México: Fondo de Cultura Económica.
- Bravo Lira, Bernardino. Codificación civil en Iberoamérica y en la península Ibérica, 1827-1917. Derecho Nacional y europeización. In *Fuentes de la codificación iberoamericana*, edited by A. Levaggi.
- Clavero, Bartolomé. 1994. La ley del código: transplantes y rechazos constitucionales por España y por América. *Quaderni Fiorentini* 23:80-194.
- Constant, Benjamin. 1989. De la libertad de los antiguos comparada con la de los modernos. In *Escritos políticos*. Madrid: CEC.
- Cutter, Charles R. 1999. The legal Culture of Spanish America on the Eve of independence. In *Judicial Institutions in Nineteenth-Century Latin America*, edited by E. Zimmermann. London: University of London.
- Chance, John K. 1982. *Razas y Clases de Oaxaca colonial*, México, México.
- De Aquino, Tomas. 1988. *Summa Theologica I Ilae*. Madrid: BAC.
- Demélas, Marie-Danielle. 2003. Pactismo y constitucionalismo en los Andes. In *Inventando la nación*, edited by A. Annino and F.-X. Guerra. México: Fondo de Cultura Económica.
- Elias, Norbert. 1986. *El proceso de la civilización. Investigaciones psicogenéticas y sociogenéticas*. México: FCE.
- Fioravanti, Maurizio. 1998. *Los derechos fundamentales: apuntes de historia de las constituciones*. Madrid Trotta.

23 Algo diferente sucede con la negociación con los grupos subversivos. La guerrilla es ante todo una organización clandestina que se opone al Estado y se diferencia radicalmente de él y de la sociedad convencional. Al desmovilizarse y salir a la luz pública pierde lo esencial de su poder. Por eso el Estado puede tener más certeza sobre el logro de la paz en el posconflicto y en consecuencia ser más generoso en la negociación.



- Fiorelli, Maurizio. 2001. *Constitución: de la antigüedad a nuestros días*. Madrid: Trotta.
- Furet, François, and Denis Richot. 1973. *La Revolution Française*. Vol. Marabaut, Paris.
- García-Pelayo, Manuel. 1968. *Del mito y de la razón en el pensamiento político*. *Revista de Occidente* (capítulo: La idea medieval del derecho). Madrid.
- Góngora, Mario. 2003. *Historia de las ideas en la América española y otros ensayos*. Medellín: Universidad de Antioquia.
- Guerra, Francisco-Xavier. 2000. *Modernidad e independencia*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Guzmán Brito, Alejandro. 1982. *Andrés Bello codificador. Historia de la fijación y codificación del derecho civil en Chile*. Santiago.
- Haring, Clarence Henry. 1947. *The Spanish empire in America*. New York: Harbinger Books ed.
- Mackay, Angus. En: (editor). - Barcelona: Critica, 1991. p. 30. 1991. Una sociedad pluriétnica: la España medieval. In *El mundo hispánico: Civilización e Imperio, Europa y América, pasado y presente*, edited by J. H. Elliot. Barcelona: Critica.
- Melo, Jorge Orlando. 2001. La amnistía de 1880: generosa y mutua. El caso de Jorge Isaacs en Antioquia *Revista Credencial Historia* 137 (Mayo).
- North, Douglass. 1993. *Instituciones, cambio institucional y comportamiento económico*. México, D.F.: Fondo de Cultura Económica.
- North, Douglass, William Summerhill, and Barry Weingast. 2000. Order, Disorder and Economic Change: Latin America vs North America. In *Governing for Property*, edited by B. d. Mésquita and H. Root. Yale: Yale University Press.
- Orozco, Iván. 1992. *Combatientes, rebeldes y Terroristas. Guerra y derecho en Colombia*. Bogotá: Iepri - Temis.
- Ota Capdequi, José María. 1967. *Historia Del Derecho Español En América Y Del Derecho Indiano*. Bogotá: Biblioteca Jurídica Aguilar.
- Phelan, John. 1960. Authority and Flexibility in the Spanish Imperial Bureaucracy. *Administrative Science Quarterly* 5 (1):47-65.
- Portes, Alejandro. 2005. Institutions and Development: A conceptual Re-Analysis. Princeton, May 2005.
- Romero, José Luis. 1999. *Latinoamérica: las ciudades y las ideas*. Medellín: Editorial Universidad de Antioquia.
- . 2001. *Situaciones e ideologías en América Latina*. Medellín: Universidad de Antioquia.
- Tau Anzoátegui, Víctor. 1970. La costumbre como fuente del derecho indiano en los siglos XVI y XVII. Paper read at III congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano, at Madrid.
- Tau Anzoátegui, Víctor. 1992. *La Ley en América Hispánica*. Vol. 6. Buenos Aires: Academia Nacional de Historia.
- Tilly, Charles. 1985. War Making and State Making as Organized Crime. In *Bringing the State Back In*, edited by P. Evans, Dietrich Rueschemeyer and Theda Skocpol. Cambridge University Press.
- Uprimny, Leopoldo. 1953. Capitalismo calvinista o romanticismo semiescolástico de los próceres de la independencia colombiana: Réplica al profesor Alfonso López Michelsen. *Universitas*.
- Valencia, Villa Hernando. 1987. *Cartas de Batalla*. Bogotá: CEREC.

## COMENTARIO Y PRESENTACIÓN DEL LIBRO *¿JUSTICIA TRANSICIONAL SIN TRANSICIÓN? VERDAD, JUSTICIA Y REPARACIÓN PARA COLOMBIA*.

CAMILA DE GAMBOA TAPIAS\*

Fecha de Recepción: 29 de Agosto de 2006  
Fecha de Aceptación: 14 de Septiembre de 2006

En primer término quisiera agradecer a los miembros y amigos de DeJusticia por escogerme junto con Iván Cepeda e Iván Orozco para comentar el libro *¿Justicia transicional sin transición? Verdad, Justicia y reparación para Colombia*.

Tuve la oportunidad de leer con anterioridad, algunos de los artículos que componen esta nueva publicación en forma independiente, pero el hecho de hacerlo ahora dentro de una misma colección, con otros artículos inéditos, me permitió observar la unidad conceptual que inspira los diversos textos y su objetivo común que se expresa en la introducción del libro cuando se señala que en todos los textos aunque se tienen propósitos distintos se encuentra "una visión global de los dilemas jurídicos, éticos y políticos de la justicia transicional en Colombia y de las posibles formas de enfrentar dichos dilemas"<sup>1</sup>. Esta complementariedad de las propuestas me posibilita hacer una caracterización del libro en términos generales que espero sea a su vez, una invitación para los potenciales lectores que se encuentran entre nosotros.

A fin de hacer esta caracterización, voy a analizar cinco aspectos diferentes: primero, el marco conceptual y práctico de la reflexión; segundo, la conexión que se encuentra a lo largo del libro entre la política, la ética y el derecho; tercero, el uso de las herramientas analíticas y de modelos explicativos; cuarto, la actualidad y pertinencia del libro, y por último, y como comentario final, los futuros temas de análisis.

### I. EL MARCO CONCEPTUAL Y PRÁCTICO DE LA REFLEXIÓN

La colección se encuentra inspirada en los valores políticos, jurídicos y morales de las democracias contemporáneas. La democracia, el estado social de derecho y los derechos humanos son en el libro, las guías normativas desde las cuales se analizan las fórmulas políticas y jurídicas de cualquier modelo de justicia transicional, con dos propósitos claramente determinados; el primero, el de garantizar que los modelos transicionales que ideen los gobiernos de transición reúnan los estándares que los discursos teóricos, la doctrina y la jurisprudencia internacional y nacional han ido

\* Abogada de la Universidad del Rosario. cdegamboa@cable.net.co  
1 Uprimny, Rodrigo; Botero, Restrepo, y Saffon *¿Justicia transicional sin transición? Verdad, justicia y reparación para Colombia*. Bogotá: Ed. Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Colección Ensayos y propuestas, 2006. Introducción, pág. 14.