

EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD *EX OFFICIO* EN EL MARCO DE POST-CONFLICTO EN COLOMBIA*

CONTROL OF EX OFFICIO CONVENTIONALITY ACCORDING TO THE POST-CONFLICT IN COLOMBIA

Carlos Alfredo Pérez Fuentes¹

RESUMEN

El presente artículo tiene como finalidad establecer que en Colombia el control de convencionalidad *ex officio* es una necesidad que se evidencia al buscar garantizar los estándares mínimos de protección de los derechos humanos fijados por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario en el marco de la Justicia Transicional derivada del post conflicto propio de las negociaciones con las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia. Frente al tema en concreto la Corte Constitucional colombiana bajo una concepción dualista del bloque constitucionalista ha motivado que lo establecido en la Convención Americana de Derechos Humanos y la jurisprudencia de la Corte Interamericana constituyen un mero criterio hermenéutico por parte de los jueces, permitiendo de esta manera que los mismos puedan apartarse de dichos criterios que son vinculantes para los Estados parte de la Convención Americana a la hora de tomar decisiones en el marco de la Justicia Transicional. De esta forma, se hace referencia en la necesidad de establecer como criterio obligatorio para los Magistrados de Paz el control de convencionalidad *ex officio* debido a la temática polémica de la protección de los derechos humanos, mediante la ampliación del bloque de constitucionalidad en sentido estricto y la exactitud conceptual frente a los delitos políticos conexos que pueden generar un marco de impunidad frente a los principios de verdad, justicia, reparación y garantías de no repetición.

PALABRAS CLAVE

Control de convencionalidad, Justicia Transicional, Convención Americana de Derechos Humanos, Fuerzas Armadas Revolucionaria de Colombia, Jurisprudencia.

ABSTRACT

The main objective of this article is to establish that in Colombia, the control of *ex officio* conventionality is an evidenced necessity that guarantee the minimum standards of protection of human rights established by International Human Rights Law and International Humanitarian Law throughout the Transitional Justice derived from the post conflict of the negotiations with the Revolutionary Armed Forces of Colombia. The Colombian Constitutional Court has given a dualistic conception about the Constitutionalist block has motivated that what is established in the American Convention on Human Rights and the jurisprudence of the Inter-American Court constitute is just a hermeneutical criterion on the part of the judges, thus allowing That they may depart from those criteria that are binding on States Parties to the American Convention when making decisions according to the Transitional Justice. Thus, reference is made to the need to establish as a mandatory criterion for the Magistrates of Peace the control of *ex officio* conventionality due to the controversial issue of the protection of human rights, through the extension of the constitutional block in the strict sense and The conceptual accuracy of related political crimes that can generate impunity against the principles of the truth justice, reparation and non-repetition guarantees.

KEYWORDS

Conventional Control, Transitional Justice, American Convention on Human Rights, Revolutionary Armed Forces of Colombia, Jurisprudence.

Fecha de recepción: 4 de agosto de 2016.

Fecha de evaluación: 13 de septiembre de 2016.

Fecha de aceptación: 29 de noviembre de 2016.

* Artículo inédito. El presente artículo de investigación e innovación hace parte del proyecto de investigación independiente del autor.

¹ Abogado, Universidad Simón Bolívar Cúcuta. Correo electrónico: abog.carlosperez@gmail.com; carlosapf.1010@gmail.com.

INTRODUCCIÓN

El Marco Jurídico para la Paz concebido a través del Acto Legislativo No. 001 de 2012 y los comunicados y final Acuerdo en materia de verdad, justicia, reparación y garantías de no repetición de las negociaciones de paz con las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia, constituyen un fuerte reto para la Justicia Transicional en Colombia. En este punto, es necesario mencionar que frente al tema en concreto cualquier negociación que surja en términos de paz debe guardar unos mínimos establecidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario. De esta forma, como criterio vinculante de todos los Estados en América Latina, se establece la Convención Americana de Derechos Humanos, la cual a través de su máximo interprete, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, posee la competencia suficiente para declarar la Convencionalidad o Inconvencionalidad de instrumentos jurídicos que no sea adecuados a los estándares mínimos fijados en materia de Justicia Transicional o a la Convención Americana y además de ello, autoriza a los jueces internos de los Estados que hayan ratificado dicha convención a realizar un control de convencionalidad *ex officio* con el ánimo de no permitir que se tomen decisiones bajo la composición de normatividades internas que no se adecuen a la Convención Americana de Derechos Humanos.

PROBLEMA JURÍDICO

Teniendo en cuenta la complejidad de un conflicto que ha regido por más de medio siglo a la población del Estado colombiano, y la necesidad de que el derecho internacional desde sus más diversas fuentes regule este proceso, se formula la siguiente pregunta:

¿Qué criterios podrían fortalecer la adecuada vigencia del control de convencionalidad en el marco jurídico para la paz, durante la aplicación jurisdiccional de la normatividad propia de la Justicia Transicional con las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia?

ESQUEMA DE RESOLUCIÓN

El esquema de resolución a través del cual se desarrollará el presente artículo para dar solución a la pregunta realizada será el siguiente: **i)** Generalidades del control de convencionalidad, **ii)** el bloque de constitucionalidad y el control de convencionalidad en Colombia, **iii)** el control de convencionalidad *ex officio* en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, **iv)** Aspectos generales de la Justicia Transicional **v)** La Justicia en las negociaciones de Paz con las FARC en Colombia, **vi)** El control de convencionalidad *ex officio* y la justicia transicional en Colombia, **vii)** conclusiones, **viii)** propuestas.

I) GENERALIDADES DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

El control de convencionalidad es una institución propia del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos (en adelante, SIDH) que nace a partir de los precedentes fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, COIDH) como órgano con funciones jurisdiccionales que vela por el cumplimiento efectivo de los derechos humanos en la región (Quinche, 2014).

Dicha institución encuentra su fundamento normativo en los artículos 61 y 69 de la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante, CADH) y jurisprudencial desde el caso *Myrna Mack Chang contra Guatemala*, en los cuales se impone la obligación de los Estados a cumplir dicho instrumento. Dichos artículos mencionan:

“Artículo 61. 1. Sólo los Estados Partes y la Comisión tienen derecho a someter un caso a la decisión de la Corte. 2. Para que la Corte pueda conocer de cualquier caso, es necesario que sean agotados los procedimientos previstos en los artículos 48 a 50.

Artículo 69. El fallo de la Corte será notificado a las partes en el caso y transmitido a los Estados partes en la Convención”.

A su vez, el caso fijado como precedente de la COIDH motiva lo siguiente:

“[...] 193. Cuando un Estado es parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin, por lo que los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer *ex officio* un “control de convencionalidad” entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, y en esta tarea deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo [sic] ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”.

Ahora bien, Quinche Ramírez (2014) menciona que el control de convencionalidad ha sido desarrollado desde dos perspectivas por la COIDH. En primer momento, se refiere a un control que nace a partir de la Opinión Consultiva No. 4 de 1994 el cual se ejerce sobre la violación de la Convención Americana por la expedición de leyes, constituciones o políticas públicas por parte de los Estados que han ratificado la CADH; en un segundo momento, a través del *Caso Almonacid Arellanos contra Chile*, en el cual se desarrolla un sistema de precedentes que involucra un control sobre las normas y los hechos.

a. El control de convencionalidad abstracto o sobre normas contrarias a la Convención Americana en los Estados parte.

Este control de convencionalidad nace en los Estados que violan la CADH a través de la expedición de leyes, constituciones y reglamentos contrarios a dicho instrumento. El argumento principal de los Estados se fundamenta en la prevalencia del principio

de soberanía nacional, seguridad nacional y carácter meramente interpretativo de los tratados internacionales en materia de derechos humanos.

El artículo 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos contiene una regla que obliga a los Estados parte “*a someter y ajustar su derecho interno a la norma convencional*”. De esta forma, Quinche Ramírez (2014) ante la problemática en latinoamericana menciona:

“Un hecho corriente en América Latina es que la normativa interna de los distintos Estados (Es decir, la Constitución, las leyes, los decretos y las demás normas de los sistemas estatales) se expidan sin tener en cuenta el derecho internacional en general y muy especialmente los derechos humanos. Así lo hicieron y lo han venido haciendo los dictadores, los presidentes elegidos por voto popular, los Congresos, las Asambleas Legislativas o los Parlamentos de los distintos Estados. El punto es que en últimas cada uno expedía la normativa que le venía en gana, invocando como fundamento el principio de soberanía nacional o la doctrina de la seguridad nacional, según fuera el caso. Dentro de la misma comprensión y aún bajo la vigencia de la Convención Americana y el funcionamiento de sus instituciones (la Comisión Interamericana de Derechos Humanos), nada se interponía al puro ejercicio como un derecho simplemente “diplomático” que muy poco se enseñaba en las escuelas de Derecho y que nunca aplicaban los jueces nacionales”. (p. 9)

El punto emblemático a partir del cual se funda la Responsabilidad Internacional de los Estados parte de la Convención Americana de Derechos Humanos es la Opinión Consultiva No. 14 de 1994, desde los artículos 1 y 2 de la CADH y en los cuales se llega a las conclusiones de que la expedición o cumplimiento de leyes contrarias a la Convención generan responsabilidad internacional para los Estados parte.

La primera declaratoria de responsabilidad por expedición de leyes contrarias a la COIDH que la COIDH reconoció fue el *Caso Suárez Rosero versus Ecuador* en el cual se determinó que una norma dentro del Código Penal ecuatoriano violentaba el artículo 2 convencional, debido a que ésta presentaba una excepción al derecho fundamental de *habeas corpus* que causó un perjuicio indebido al señor Rafael Iván Suarez Rosero. A través de esta sentencia se funda la limitación de la soberanía legislativa en los Estados parte de la Convención Americana debido a que toda creación normativa debe estar conforme a la protección de los derechos humanos.

A partir de este punto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha desarrollado toda una línea en la que se puede resaltar una tipología concreta de responsabilidad internacional de los Estados por expedición de leyes contrarias a la Convención, normas dictadas en estado de emergencia contrarias a la Convención, normas constitucionales contrarias a la Convención, leyes de amnistía, de indulto o perdón, normas que prevén la existencia de la pena de muerte y políticas públicas inexistentes o contrarias a la Convención (Quinche Ramírez, 2014).

b. El control de convencionalidad difuso o de los jueces frente al derecho interno de los Estados parte

El control de convencionalidad difuso es aquel control que deben hacer los jueces en sus decisiones anteponiendo la CADH sobre cualquier disposición normativa de derecho interno que esté en contra de la misma. Este tipo de control nace a través de la sentencia de fondo del *Caso Almonacid Orellano Vs. Chile* en la cual se establece:

“[...] 124. La Corte es consciente [de] que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están

sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el poder judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”.

Quinche Ramírez (2014) menciona que dicha sentencia representa una novedad en América latina debido a:

- “Que las normas vertidas en los tratados públicos sobre derechos humanos son derecho vigente que, además, cobran plena exigibilidad en el orden interno.
- Que las normas vertidas en los tratados públicos sobre derechos humanos obligan nominal y sustantivamente no solo a los Estados como sujetos suscriptores, sino que también obligan de modo directo a los jueces del Estado parte.
- Que las normas de derecho interno no pueden mermar o disminuir los efectos de la norma convencional.
- Que los jueces internos están obligados a acatar y aplicar no solo las normas contenidas en los tratados públicos sobre derechos humanos sino que también están obligados a acatar y aplicar las reglas vertidas en las interpretaciones que hace la Corte Interamericana, como intérprete última de la Convención Americana”. (p. 31)

En un segundo caso la Corte Interamericana en el *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) contra Perú* observó que a pesar de que la violación no recaiga directamente sobre la violación a leyes o afectación directa a derechos, sino en el acceso a la justicia y el recurso judicial efectivo habrá lugar a la Responsabilidad Internacional del Estado. Además en dicha sentencia cabe resaltar que la Corte reitera la obligación de los jueces a tener una actitud favorable en los casos de violación de derechos humanos, así es como menciona:

[...] 128. Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque [sic] el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del poder judicial deben ejercer no solo un control de constitucionalidad, sino también “de convencionalidad” *ex officio* entre las norma internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. Esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones”.

En dicho punto es necesaria traer a colación el caso *La Cantuta Vs. Perú* en donde se fija una regla en la cual la COIDH reitera el nacimiento de la Responsabilidad del Estado por la aplicación de leyes contrarias a la Convención Americana de Derechos Humanos. En dicha sentencia nace el concepto de “cosa juzgada aparente o fraudulenta” en el cual los jueces emiten sentencias basados en leyes de amnistías, indultos y perdones judiciales que representan impunidad frente a los Estándares (Yañez Meza & Yañez Meza, 2012) fijados por la COIDH en estos temas, al respecto se indica:

[...] 153. Específicamente en relación con la figura de la cosa juzgada, recientemente fijada por la Corte precisó que el principio *non bis in idem* no resulta aplicable cuando el procedimiento que culmina con el sobreseimiento de la causa o la absolución del responsable de una violación a los derechos humanos, constitutiva de una infracción al derecho internacional, ha sustraído al acusado de su responsabilidad penal, o cuando el procedimiento no fue instruido

independiente o imparcialmente de conformidad con las debidas garantías procesales. Una sentencia pronunciada en las circunstancias indicadas produce una cosa juzgada “aparente” o “fraudulenta”.

Ahora bien, frente al tema de la Responsabilidad del Estado por la expedición de leyes de amnistía, indulto o perdón, la Corte Interamericana ha mencionado en el *Caso Barrios Altos Vs. Perú*:

[...] 41. Esta Corte considera que son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones de derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el derecho internacional de los derechos humanos”.

[...] 44. Como consecuencia de la manifestación incompatibilidad entre las leyes de autoamnistía y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 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, ni puedan tener igual o similar impacto respecto de otros casos de violación de los derechos consagrados en la Convención Americana acontecidos en el Perú”.

Quinche Ramírez (2014) observa siguiendo el caso mencionado que las leyes 26.479 y 26.492 concebidas bajo el régimen de Alberto Fujimori en Perú y en las cuales se exoneraba de responsabilidad a los militares y policías investigados por la masacre de quince personas y catorce heridos en el pueblo de Barrios Altos originaron el nacimiento de la Responsabilidad del Estado peruano debido a que éste llevo a cabo la violación de los artículos 4° sobre el derecho a la vida de quince personas, 5° sobre la integridad personal de cuatro personas y

8° sobre las garantías judiciales y protección judicial de las víctimas como consecuencia de la expedición de las mencionadas leyes. A su vez, también se puede resaltar el incumplimiento del artículo 1.1 y 2 por la promulgación y aplicación de dicha leyes por parte de los jueces.

Ahora bien, es necesario resaltar el poder vinculante de carácter general de dicha sentencia que declara la responsabilidad internacional del Estado peruano por la promulgación y aplicación de leyes de amnistía, indulto o perdón, que evidentemente se encuentran en contra de la CADH, menciona la Corte:

“La promulgación de una ley manifiestamente contraria a las obligaciones asumidas por un Estado parte en la Convención constituye *per se* una violación de este y genera responsabilidad internacional del Estado. En consecuencia, la Corte considera que, dada la naturaleza de la violación constituida por las leyes de amnistía núms. 26.479 y 26.492, lo resuelto en la sentencia de fondo en el caso Barrios Altos tiene efectos generales, y en esos términos debe ser resuelto el interrogante formulado en la demanda de interpretación presentada por la Comisión”. (Subrayado fuera de texto)

Con esto se da el comienzo de un control de convencionalidad sobre las leyes de amnistía, perdón e indulto emitidas en toda Latinoamérica, bajo el argumento de la aplicación directa del artículo 2° de la Convención que establece el deber de los Estados de adoptar disposiciones conforme a la CADH y garantizar que estas prevalezcan en el ordenamiento jurídico interno de los Estados parte de la Convención.

De esta forma, se concluye que el control de convencionalidad es una figura jurídica que se instituye en el SIDH como herramienta para garantizar no solo la convencionalidad abstracta de la normatividad interna, sino también las decisiones que se pueden concebir como *cosa juzgada fraudulenta* por basarse en normas de Inconvencionalidad. Además de ello, la COIDH ha sido especialmente enfática en que las leyes que versen sobre indultos o amnistías están proscritas del SIDH debido a las contravenciones que pueden acarrear en contra del Derecho Internacional de Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario.

II) EL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD Y EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN COLOMBIA

Arango M. (2004) siguiendo la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana menciona que el bloque de constitucionalidad nace en el año 1995 y se refiere a

“aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución”² (p. 79) (subrayado fuera de texto)

De esta forma hace referencia expresa a seis artículos constitucionales que tienen especial injerencia en el ordenamiento interno: art. 9°, 93, 94, 214, 53 y 102³. De tal manera que, como observa dicha autora, el proceso evolutivo de supra-constitucionalidad en el ordenamiento interno

2 Entre dichas sentencias se pueden resaltar la Sentencia C-225-95 MP: Alejandro Martínez Caballero. Sentencia C-578-95 MP: Eduardo Cifuentes Muñoz, Sentencia C-358-97 MP: Eduardo Cifuentes Muñoz y en Sentencia C-191-98 MP: Eduardo Cifuentes Muñoz

3 El artículo 9 reconoce que las relaciones internacionales del Estado se fundamentan en el principio de soberanía nacional, el artículo 93 reconoce que “Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.” El artículo 94 reconoce que “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.” El artículo 214 núm. 2 establece que “No podrán suspenderse los derechos humanos ni las libertades fundamentales. En todo caso se respetarán las reglas del derecho internacional humanitario.” El artículo 53 establece que “Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados hacen parte de la legislación interna” y el artículo 102 inciso 2 menciona que “Los límites señalados en la forma prevista por esta Constitución, solo podrán modificarse en virtud de tratados aprobados por el Congreso, debidamente ratificados por el presidente de la república”.

colombiano surge a partir de la prevalencia de las normas del derecho interno sobre la legislación nacional. Para que dichas normas tuviesen fuerza integrativa en el ordenamiento jurídico colombiano debían tener dos condiciones: reconocer un derecho humano y ser aplicable aún en vigencia de estados de excepción. Entre los derechos que se consideran inviolables en estados de excepción se pueden encontrar:

“El derecho a la vida y a la integridad personal; el derecho a no ser sometido a desaparición forzada, a torturas, ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica; la prohibición de la esclavitud, la servidumbre y la trata de seres humanos; la prohibición de las penas de destierro, prisión perpetua y confiscación; la libertad de conciencia; la libertad de religión; el principio de legalidad, de favorabilidad y de irretroactividad de la ley penal; el derecho a elegir y ser elegido; el derecho a contraer matrimonio y a la protección de la familia; los derechos del niño, a la protección por parte de su familia, de la sociedad y del Estado; el derecho a no ser condenado a prisión por deudas civiles; el derecho al Habeas Corpus y el derecho de los colombianos por nacimiento a no ser extraditados. Tampoco pueden ser suspendidas las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos.”⁴ (p. 82).

A su vez, siguiendo a la Corte Constitucional colombiana en Sentencia C-225-95 MP: Alejandro Martínez Caballero, se indica que:

“De la imperatividad de las normas humanitarias y su integración en el bloque de constitucionalidad se deriva que el Estado colombiano deba adaptar las normas de inferior jerarquía del orden jurídico interno a los contenidos del Derecho Internacional Humanitario con el fin de potenciar la realización material de dichos valores”. (p. 83)

Sin embargo, pronto fue necesario por parte de dicha Corte realizar una distinción entre un bloque de constitucionalidad en *stricto sensu* y en *lato sensu*. Al respecto Arango M. (2004) menciona que según la Sentencia C-191-98 MP. Eduardo Cifuentes Muñoz y bajo la posición reiterada en Sentencia C-582-99 MP. Alejandro Martínez Caballero, la Corte motiva lo siguiente:

“Es por ello que la jurisprudencia ha señalado que es posible distinguir dos sentidos del concepto de bloque de constitucionalidad. El primero: *stricto sensu*, conformado por aquellos principios y normas que han sido normativamente integrados a la Constitución por diversas vías y por mandato expreso de la Carta, por lo que entonces tienen rango constitucional, como los tratados de derecho humanitario (C.P. arts. 93 y 103). De otro lado, la noción *lato sensu* del bloque de constitucionalidad se refiere a aquellas disposiciones que “tienen un rango normativo superior a las leyes ordinarias”, aunque a veces no tengan rango constitucional, como las leyes estatutarias y orgánicas, pero que sirven como referente necesario para la creación legal y para el control constitucional”. (p. 84)

Siguiendo a la Corte Constitucional colombiana en Sentencia C-067 de 2003, se estableció que el bloque de constitucionalidad en sentido estricto se concibe como “aquellos principios y normas de valor constitucional, los que se reducen al texto de la Constitución propiamente dicha y a los tratados de internacionales que consagren derechos humanos cuya limitación se encuentra prohibida durante los Estados de Excepción” (Quinche Ramírez, 2014, pág. 141).

De allí surge una notable cuestión del compendio normativo: ¿cuáles son dichos tratados que hacen parte de dicho bloque? Autores como Uprimny (2012) mencionan que dentro de la Corte Constitucional colombiana no existe una “precisión conceptual” frente a dichos tratados

⁴ Ver Sentencia C-578-95 MP: Eduardo Cifuentes Muñoz

que hacen parte del bloque de constitucionalidad en sentido estricto. Sin embargo, autores tales como Quinche (2014), Fajardo (2007) y la Corte Constitucional colombiana en Sentencia C-067 de 2003 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra), mencionan que la línea argumental de la Corte ha definido los tratados que hacen parte de la concepción estricta y de naturaleza integradora, debido a que son de obligatorio cumplimiento y de forzoso cumplimiento en el ordenamiento interno, se pueden resaltar: el preámbulo, los tratados de límites ratificados por Colombia, los derechos específicos emanados de tratados públicos ratificados por Colombia en materia de Derechos Humanos y que se prohíban en estados de excepción, el Convención 169 de la Organización Internacional del Trabajo “Sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes” y los Convenios de Ginebra, el protocolo II y las normas *ius cogens*.

Ahora bien, frente a la normatividad que hace parte del sentido *lato* que la Corte Constitucional utiliza para efectuar un control de constitucionalidad bajo un criterio meramente interpretativo se resaltan aquellas que cumplen con los requisitos establecidos por la Corte Constitucional en sentencia C-191 de 1998 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz):

“en suma, es posible afirmar que aquellas normas que pertenezcan al denominado bloque de constitucionalidad *lato sensu*, se caracterizan por: 1) ser parámetro para efectuar el control de constitucionalidad del derecho interno; 2) tener un rango normativo superior a la leyes ordinarias (en algunos casos son normas constitucionales propiamente dichas y, en otros, ostentan una jerarquía intermedia entre la Constitución y la ley ordinaria); y 3) formar parte del bloque de constitucionalidad gracias a una remisión expresa efectuada por alguna disposición constitucional”.

En este punto, tal y como observa Quinche Ramírez (2014) se pueden destacar las siguientes normas:

- Convención Americana de Derechos Humanos;
- Protocolo adicional a dicha convención, en materia de derechos económicos, sociales y culturales;
- el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos;
- el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales;
- la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, (Convención de Belém do Pará) y otros instrumentos de carácter similar;
- La Sentencia C-370 de 2006 observa que las reglas y estándares fijados por tribunales internacionales en sus providencias, pues como lo reiteró la Corte en la sentencia que declaró la exequibilidad de la negociación con los paramilitares, “la jurisprudencia de las instancias superiores, encargadas de interpretar esos tratados, constituye un criterio hermenéutico relevante para establecer el sentido de las normas constitucionales sobre derechos humanos.
- La Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1948) y la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948).
- Interpretaciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Comisión Interamericana de Derechos Humanos de las Naciones Unidas.

De esta forma, se evidencia la necesidad de establecer la diferencia entre el bloque de constitucionalidad y el control de convencionalidad. Para ello, Quinche Ramírez (2014) menciona respecto al bloque de constitucionalidad lo siguiente:

“un recurso metodológico que permite la integración del derecho internacional, pero sometiendo este a la norma nacional, mientras que el control de convencionalidad no es un simple recurso metodológico de integración, sino que es mucho más que eso, en tanto mecanismo de efectividad del derecho internacional de los derechos humanos y sus reglas imperativas, incluso más allá de los límites que pueda imponer

el derecho local, aún en su versión del derecho constitucional”. (pág. 139)

Sagues (2010) refuerza dicha concepción del control de convencionalidad como institución destinada a dotar de eficacia los derechos, las garantías y los límites del poder al establecer que ese control:

“se perfila como una herramienta sumamente eficaz para el respeto, la garantía y la efectivización de los derechos descritos en el Pacto. Concomitante, también es un instrumento de sumo interés para construir el *ius commune* interamericano en materia de derechos personales y constitucionales. Por lo demás valga agregar que ejercer control de convencionalidad no es acoger optativamente un “parámetro”, sino que es desarrollar una actividad obligatoria, la de fiscalizar el cumplimiento de los derechos humanos en las región” (120)

Esto debido a que si bien es cierto existe un bloque de constitucionalidad en el cual las autoridades deben dar un estricto cumplimiento dicha normatividad, la realidad es otra debido a que la observancia de la congestión del Sistema Interamericano de Derechos Humanos nace del notable incumplimiento de las obligaciones convencionales, cuestión que puede ser solventada mediante el estricto cumplimiento de lo establecido por la Convención Americana, la Jurisprudencia de la Corte Interamericana y demás instrumentos propios del *corpus iuris interamericano* al hablar del control *ex officio* de Convencionalidad.

III) EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

Según la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁵ el control de convencionalidad *ex officio* se concibe bajo una de las sentencias que constituye un hito para el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, el caso *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú* cuando en las excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas de la Sentencia de 24 de Noviembre de 2006, se observa:

128. Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también “de convencionalidad” *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. Esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones⁶. (Subrayado fuera de texto)

5 Corte Interamericana de Derechos Humanos (N/R). *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Recuperado de <http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/controlconvencionalidad8.pdf>

6 En este mismo sentido se puede destacar el Caso *Heliodoro Portugal Vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008, párr.1806; Caso *Radilla Pacheco Vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2009, párr. 3397; Caso *Fernández Ortega y otros. Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010, párr. 2368; Caso *Rosendo Cantú y otra Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010, párr.2199; Caso *Liakat Ali Alibux Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de enero de 2014, párr. 151.

En este punto, países como México se proyectan como ejemplo para el continente americano, demostrando claramente su intención de adecuar las decisiones de sus jueces hacia el mencionado control *ex officio* de convencionalidad. Allí se pueden resaltar los siguientes informes emitidos por la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación Mexicana en el año 2013, en donde se observa la adecuación del mencionado control dentro de la ordenamiento interno:

“La expresión *ex officio* no significa que siempre y sin excepción, los jueces deban hacer obligatoriamente el control de constitucionalidad de los derechos contenidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y en los tratados internacionales en los que el Estado Mexicano sea parte; dicha expresión significa que ese tipo de control lo pueden hacer por virtud de su cargo de jueces, aun cuando: 1) no sean jueces de control constitucional; y, 2) no exista una solicitud expresa de las partes. En ese sentido, no debe pasarse por alto que el Tribunal en Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el expediente varios 912/2010 (cumplimiento de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Rosendo Radilla Pacheco), determinó que el control a cargo de los jueces del país que no formen parte del control concentrado, debía realizarse incidentalmente durante los procesos ordinarios en los que son competentes, esto es, sin necesidad de abrir un expediente por cuerda separada. Así, la expresión *ex officio* que se predica del control judicial significa que los juzgadores tienen la facultad de controlar las normas que van a aplicar de cara a la Constitución y a los tratados internacionales de los que México sea parte, por el simple hecho de ser jueces, pero no que "necesariamente" deban realizar dicho control en todos los casos, en cualquiera de sus tres pasos:

1) interpretación conforme en sentido amplio; 2) interpretación conforme en sentido estricto; y, 3) inaplicación; sino en aquellos en los que incidentalmente sea solicitado por las partes o adviertan que la norma amerita dicho control, sin hacer a un lado los presupuestos formales y materiales de admisibilidad. En ese sentido, la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que el control *ex officio* no necesariamente debe ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones. Lo anterior supone que los jueces, en el ámbito de su competencia, antes de proceder al control *ex officio* en los tres pasos referidos, debieron resolver o despejar cualquier problema relacionado con presupuestos de procedencia o admisibilidad”⁷.
(Subrayado fuera de texto)

De esta forma, se concibe que en los Estados Unidos de México dicho control de convencionalidad, siguiendo lo establecido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, constituye una facultad para los jueces a la hora de tomar decisiones mediante un trámite incidental en las cuales las partes o de oficio se puede realizar dicho control. Sin embargo, frente a la duda de la aplicabilidad se estipulan los siguientes pasos a seguir:

“La posibilidad de inaplicación de leyes por los jueces del país, en ningún momento supone la eliminación o el desconocimiento de la presunción de constitucionalidad de ellas, sino que, precisamente, parte de esta presunción al permitir hacer el contraste previo a su aplicación. En ese orden de ideas, el Poder Judicial al ejercer un control de convencionalidad *ex officio* en materia de derechos humanos, deberá realizar los siguientes pasos: a) Interpretación conforme en sentido amplio, lo que

⁷ 2005116. 1a. CCCLX/2013 (10a.). Primera Sala. Décima Época. Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 1, Diciembre de 2013, Pág. 512.

significa que los jueces del país -al igual que todas las demás autoridades del Estado Mexicano-, deben interpretar el orden jurídico a la luz y conforme a los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los cuales el Estado Mexicano sea parte, favoreciendo en todo tiempo a las personas con la protección más amplia; b) Interpretación conforme en sentido estricto, lo que significa que cuando hay varias interpretaciones jurídicamente válidas, los jueces deben, partiendo de la presunción de constitucionalidad de las leyes, preferir aquella que hace a la ley acorde a los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los que el Estado Mexicano sea parte, para evitar incidir o vulnerar el contenido esencial de estos derechos; y, c) Inaplicación de la ley cuando las alternativas anteriores no son posibles. Lo anterior no afecta o rompe con la lógica de los principios de división de poderes y de federalismo, sino que fortalece el papel de los jueces al ser el último recurso para asegurar la primacía y aplicación efectiva de los derechos humanos establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los cuales el Estado Mexicano es parte.⁸ (Subrayado fuera de texto)

De allí que se pueda establecer que el Estado mexicano consagró dentro de su ordenamiento jurídico una serie de pasos en los cuales se encuentra la verificación amplia y estricta de las leyes de acuerdo a normas internacional en derechos humanos y en último recurso la inaplicación de la ley con el ánimo de garantizar la primacía de los derechos humanos establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales ratificados por el mismo. En este punto, se recalca entonces que los jueces en un contexto “ordinario” poseen la facultad de realizar el control *ex officio* cuando así lo consideren o las partes lo soliciten mediante un

trámite incidental que debe cumplir unos pasos para llegar al punto último de inaplicación.

Ahora bien, hablando del contexto colombiano se pueden encontrar varios factores que afectarían el desarrollo de un tema tan enconoso como la Justicia Transicional. Además de que se evidenciaría la necesidad de un control de convencionalidad *ex officio* “especial” al desarrollado por la Corte Interamericana para todos los casos, debido a que no nos encontramos en circunstancias “ordinarias” que permitan que este control se desarrolle de la mejor manera. Es de resaltar que la Corte Constitucional colombiana en Sentencia C-028 de 2006 (M.P. Humberto Sierra Porto) estableció que los jueces en Colombia “no son convencionales” y por lo tanto, teniendo en cuenta que la normatividad ateniende a la Convención Americana de Derechos Humanos, Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos y demás instrumentos en materia de derechos humanos no hacen parte del bloque de constitucional en *stricto sensu*, no se debe realizar un ejercicio de concordancia entre la aplicabilidad de la legislación nacional con los tratados en materia de derechos humanos ratificados por Colombia.

De esta forma, se podría observar claramente un margen de probabilidad en el cual los magistrados de Paz establecidos a través del Marco Jurídico para la Paz puedan, basados en el criterio facultativo desarrollado por la Corte Interamericana, realizar un control *ex officio* en condiciones “ordinarias” y no “especiales” como las concebidas al hablar de Justicia Transicional y además de ello, se puedan inobservar los tratados ratificados por Colombia en materia de derechos humanos bajo el argumento de que estos constituyen meros criterios hermenéuticos y no integrativos a la hora tomar decisiones, punto de vista que daría lugar a una posible responsabilidad internacional del Estado por no atender a los criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos al hablarse de Justicia

⁸ 160525. P. LXIX/2011(9a.). Pleno. Décima Época. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Libro III, Diciembre de 2011, Pág. 552.

Transicional y en especial de la garantía de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición.

IV) ASPECTOS GENERALES DE LA JUSTICIA TRANSICIONAL

El Centro Internacional para la Justicia Transicional⁹ ha definido lo siguiente:

La justicia transicional es una respuesta a las violaciones sistemáticas o generalizadas a los derechos humanos. Su objetivo es reconocer a las víctimas y promover iniciativas de paz, reconciliación y democracia. La justicia transicional no es una forma especial de justicia, sino una justicia adaptada a sociedades que se transforman a sí mismas después de un período de violación generalizada de los derechos humanos. En algunos casos, estas transformaciones suceden de un momento a otro; en otros, pueden tener lugar después de muchas décadas.

De allí autores como Uprimny, Saffon, Botero & Restrepo (2006) mencionan:

La expresión ‘justicia transicional’ hace referencia a los procesos a través de los cuales se realizan transformaciones radicales de un orden social y político, bien sea por el paso de un régimen dictatorial a uno democrático, bien por la finalización de un conflicto interno armado y la consecución de la paz.

De esta forma se podría observar que la Justicia Transicional hace referencia a aquellos procesos que nacen en respuesta a la necesidad de transformar una sociedad que ha sido azotada por graves violaciones de derechos humanos por parte de grupos armados dentro de un conflicto.

La consecuencia de dicha Justicia encierra una tensión política y ética, puesto que la exigencia de justicia y paz pueden verse como valores contrapuestos, toda vez que por un lado se encuentra el perdón y la exigencia retributiva de los crímenes atroces cometidos por los actores del conflicto y por el otro, el derecho de las víctimas en el conflicto. Finalmente, la historia nos ha enseñado que uno de los valores debe anteponerse al otro y por ello, el estudio de la historia es imprescindible para que la Justicia Transicional en Colombia sea un éxito.

a. La Justicia Transicional en el mundo

Uprimny et. al., (2006) observa que a través de la historia se ha clasificado la Justicia Transicional en razón “a el mayor o menor peso que les otorgan al castigo de los victimarios y a la garantía de los derechos de las víctimas o, en cambio, al perdón de los crímenes cometidos por aquéllos y al olvido de los hechos ocurridos”. En este punto, es necesario observar que el perdón hace referencia a:

En esta tipología uso la expresión “perdón” en un sentido genérico, con el fin de hacer referencia a todas aquellas medidas jurídicas que evitan que una persona reciba la totalidad del castigo retributivo que, conforme al ordenamiento, amerita por un crimen atroz, sin importar la naturaleza jurídica de esas figuras. Así, puede tratarse de amnistías generales, indultos particulares o subrogados penales tipo libertad provisional (*parole*), condena de ejecución condicional (*probation*) o sustitución de la pena privativa de la libertad por otras medidas. Con ello no quiero decir que la distinción entre esas figuras no tenga importancia; es obvio que la tiene, pero todas comparten la idea de eliminar o reducir considerablemente la pena retributiva y, por ello, desde ese

⁹ Centro Internacional para la Justicia Internacional (2009). ¿Qué es la justicia transicional? Enfoque Justicia Transicional. Recuperado de <https://www.ictj.org/sites/default/files/ICTJ-Global-Transitional-Justice-2009-Spanish.pdf>.

punto de vista, todas implican una forma de perdón (Uprimny et. al., 2006).

El mencionado autor establece la siguiente tipología de Justicias Transicionales en el mundo.

a) Perdón Amnésico. Este perdón se caracteriza por establecer amnistías generales y no se contribuyen al esclarecimiento de la verdad o la reparación de las víctimas. En este tipo de negociación con los actores del conflicto, prima el valor de la paz sobre la justicia y los derechos de las víctimas, por medio del olvido de todo lo sucedido. Ejemplo de esta justicia es el caso de la Justicia Transicional en España y en Colombia.

b) Perdón Compensador. Este perdón se caracteriza por establecer amnistías generales pero si contribuye al esclarecimiento de la verdad, mediante la creación de comisiones de la verdad y algunas medidas de reparación a las víctimas del conflicto. En este tipo de justicia la pugna de los valores sigue inclinada hacia los actores del conflicto, debido a que la única compensación por el perdón consiste en el esclarecimiento de la verdad y algunas reparaciones. Ejemplo de esta justicia es el caso de la Justicia Transicional en Chile y el Salvador.

c) Perdón Responsabilizante. Este perdón se caracteriza por ese establecer perdones individuales y condicionados para algunos crímenes, se crean comisiones de la verdad, nace la exigencia de la confesión de los crímenes atroces y se dan algunas reparaciones para las víctimas. Ejemplo de esta justicia es el caso de la Justicia Transicional en Sudáfrica.

d) Justicia Punitiva. Este perdón se caracteriza por establecer tribunales para castigar de manera retributiva la realización de crímenes atroces para la humanidad. Las penas se interponen de forma retributiva y de acuerdo a la gravedad del delito para poder restablecer el orden en una sociedad. Ejemplo de esta justicia es la Justicia de los Tribunales de Núremberg, Ruanda y Yugoslavia.

Ahora bien, Uprimny et. Al (2006) observa que esta tipología de modelos de justicia transicional es dinámica, por cuanto en un mismo Estado se pueden dar dos o más tipologías a la vez, debido a que las especificidades conllevan a la creación de nuevos modelos dependiendo de las circunstancias socioeconómicas del país en donde se lleven a cabo las negociaciones.

Observa el autor que la Justicia Transicional a la cual se debería acoger Colombia es la del modelo “responsabilizante” en la cual se da la creación de comisiones de verdad y reconciliación. Además, este modelo consagra medidas retributivas y restaurativas que conllevan a que el perdón nazca a través de la confesión pública de los crímenes cometidos y éste sea proporcional al hecho violento y el propósito político que el autor del delito.

b. La Justicia Transicional en Colombia

La Justicia Transicional en Colombia ha ido evolucionando de manera progresiva tomando desde sus inicios un punto de partida por la negociación con los grupos ilegales sin tener en cuenta el elemento de justicia que debe caracterizar a un proceso transicional dentro de las nuevas corrientes del derecho internacional. Sin embargo, gracias a dicha evolución, transcurridos los años noventa hacia nuestro tiempo se han ratificado una serie de compromisos internacionales que sientan las bases para que por parte del legislativo, ejecutivo o judicial se garantice un marco jurídico de justicia transicional que se encuentre acorde a los principios de verdad, justicia, reparación y garantías de no repetición.

Uprimny et. Al. (2006) observa que

Las pautas de justicia a que cualquier Estado se encuentra sujeto al adelantar procesos de transición están explícitamente recogidas en los distintos ordenamientos mencionados o surgen de los mismos por vía interpretativa. A continuación se clasifican dichas pautas según las obligaciones del Estado respecto de las víctimas de violaciones graves de derechos humanos y no en atención a la rama del derecho a la que pertenecen. Para ello se adopta la tipificación empleada por Louis Joinet en el Informe Final del Relator Especial sobre la impunidad y Conjunto de principios para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad (Joinet, 1997), según el cual, los Estados tienen cuatro

obligaciones inderogables, exigibles incluso en procesos de transición: (1) la satisfacción del derecho a la justicia, (2) la satisfacción del derecho a la verdad, (3) la satisfacción del derecho a la reparación de las víctimas, y (4) la adopción de reformas institucionales y otras garantías de no repetición. (pág. 53)

Dichos principios han tenido un fuerte impacto en los modelos de Justicia Transicional en el mundo debido a que su vinculatoriedad permite mecanismos tanto causijurisdiccionales o jurisdiccionales, como la Comisión o la Corte Interamericana de Derechos Humanos, quienes pueden exigir su obligatorio cumplimiento en atención a los estándares internacionales permitidos para llevar a cabo un proceso transicional.

A continuación, a grandes rasgos se pretenderá observar las obligaciones que nacen por los estándares internacionales de obligatorio cumplimiento ratificados por Colombia que buscan garantizar el derecho a la justicia:

Los artículos XVIII y XXIV de la Declaración Americana de Derechos Humanos y de los artículos 1-1, 2, 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. De igual forma, la obligación de investigar y juzgar a quienes cometan graves infracciones del derecho internacional humanitario se encuentra establecida en los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y en el primer Protocolo Adicional a los mismos (Convenio I, artículo 49; Convenio II, artículo 50; Convenio III, artículo 129; Convenio IV, artículo 146; Protocolo I, artículo 85). *De conformidad con estas normas, los Estados tienen la obligación inderogable de adoptar todas las medidas necesarias para combatir la impunidad, definida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos como “la falta de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de violaciones de los derechos humanos”* (Corte IDH, 1998a, párr. 173; Corte IDH, 1998b, párr. 168

y 170; Corte IDH, 2000, párr. 211). (Subrayado fuera de texto) (Uprimny et. al. 2006. pág. 53)

De esta forma entre las obligaciones internacionales que nacen por el derecho a la justicia se puede observar **(a)** el deber por parte del Estado de sancionar a quienes hayan cometido graves violaciones de los derechos humanos, **(b)** el deber de imponer penas adecuadas a los responsables, **(c)** el deber del Estado de investigar todos los asuntos relacionados con graves violaciones de los derechos humanos, **(d)** el derecho de las víctimas a un recurso judicial efectivo y **(e)** el deber de respetar en todos los juicios las reglas del debido proceso. (Uprimny et. al., 2006)

Es por ello que toda normatividad naciente por parte de un Estado debe estar acorde a dichas obligaciones internacionales, ya que de no ser así dicha normatividad no gozaría de validez por no estar acorde a las leyes ratificadas por el Bloque de Constitucionalidad ratificado por el Estado colombiano a partir de los años noventa.

En cuanto al derecho a la verdad se han podido observar las siguientes obligaciones internacionales en cabeza del Estado Colombiano, en donde se pueden resaltar los principios de Joinet (1997) del 1° a 4° que consagran la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad, estableciendo el “derecho inalienable a la verdad”, el “deber de recordar” y el “derecho de las víctimas a saber”.

En este sentido resalta Uprimny et. Al. (2006) que la conexión entre la obligación de investigar y juzgar por parte de los Estados se relaciona directamente al derecho a la verdad debido a que las personas tienen derecho a un recurso efectivo, siendo de esta forma entendido bajo el mismo sentido por la Corte Constitucional colombiana:

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que, en su dimensión individual, el derecho a la verdad tiene, en esencia, una virtualidad reparadora, en la medida en que surge del

deber del Estado de esclarecer los hechos relacionados con toda vulneración de los derechos humanos y de juzgar y castigar a los responsables de las mismas, establecido en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Corte IDH, 2000, párr. 201; CIDH, 2004, párr. 31). En esta medida, la manifestación individual del derecho a la verdad tiende a hacerse efectiva, fundamentalmente en el ámbito judicial y, por tanto, está directamente relacionada con el derecho de las víctimas a un recurso judicial efectivo (ver supra). A este respecto, es ilustrativa la posición de la Corte Constitucional de Colombia que, en repetidas ocasiones, ha señalado que la finalidad primordial del derecho fundamental de acceso a la administración de justicia (CP, artículos 29 y 229) consiste en satisfacer el derecho a la verdad de las personas que han sido víctimas de acciones delictivas (Corte Constitucional, 1994a, 1994b, 2001e, 2002). (pág. 73)

Finalmente, el principio de reparación encuentra su fundamento:

El principio 33 del Conjunto de principios para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad, formulado por Joinet (1997), determina que “[t]oda violación de un derecho humano da lugar a un derecho de la víctima o de sus derechohabientes a obtener reparación, el cual implica el deber del Estado de reparar y el derecho a dirigirse contra el autor”. De conformidad con el principio 36, “[e]l derecho a la reparación deberá abarcar todos los daños y perjuicios sufridos por la víctima; comprenderá, por una parte, medidas individuales de reparación relativas al derecho de restitución, indemnización y rehabilitación y, por otra, medidas de satisfacción de alcance general, como las previstas en el Conjunto de principios y directrices fundamentales sobre el derecho a obtener reparación”. (pág. 77)

En este punto se pueden observar mandatos como los establecidos por la Corte Interamericana cuando observa que:

“La reparación integral implica entonces todas las medidas “que tienden a hacer desaparecer los efectos de las violaciones cometidas” (Corte IDH, 2002b, párr. 78; Corte IDH, 2003, párr. 237). La reparación a que tiene derecho la víctima de una violación grave de los derechos humanos o del derecho internacional humanitario asume las siguientes modalidades: (1) restitución, (2) indemnización, (3) rehabilitación, (4) satisfacción y (5) garantías de no repetición. (pág. 77)

De esta forma, se puede observar que el desarrollo de la Justicia Transicional en el mundo y en Colombia gira entorno a la ejecución de unos mínimos principios que emanan del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derechos Internacional Humanitario. Desde este punto de vista, uno de los elementos al cual debe dar estricto cumplimiento el Estado es: la Justicia. De allí que ésta representa el deber por parte del Estado de sancionar a quienes hayan cometido graves violaciones de los derechos humanos, el deber de imponer penas adecuadas a los responsables, el deber del Estado de investigar todos los asuntos relacionados con graves violaciones de los derechos humanos, el derecho de las víctimas a un recurso judicial efectivo y el deber de respetar en todos los juicios las reglas del debido proceso. (Uprimny et. al., 2006) Por lo tanto, a pesar de ser la Justicia Transicional un marco de transformación social al cual se llegue a través de negociaciones con las partes actoras del conflicto, no significa que no se respeten los estándares mínimos fijados por los instrumentos internacionales reconocidos por el Derechos Internacional de los Derechos Humanos y el Derechos Internacional Humanitario.

V) LA JUSTICIA EN LAS NEGOCIACIONES DE PAZ CON LAS FUERZAS ARMADAS REVOLUCIONARIAS DE COLOMBIA (FARC)

En el marco del post-conflicto han existido diversas posturas frente a la tensión existente entre los valores de la justicia y la paz desarrollados en las negociaciones de Justicia Transicional en la Habana, Cuba. Posiciones divergentes como las propuestas ideológicas de derecha, izquierda y la ciudadanía en general pretenden dar soluciones a la problemática de un marco jurídico para la paz que se ajuste a los criterios de verdad, justicia y reparación establecidos por la COIDH como criterios mínimos para llevar a cabo una Justicia que se ajuste a la CADH y en sí mismo al Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) y al Derecho Internacional Humanitario (DIH)

De esta forma, en el marco del postconflicto ha surgido el Acto Legislativo No. 01 de 2012, “por medio del cual se establecen instrumentos jurídicos de justicia transicional en el marco del artículo 22 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones”. Dicho artículo constitucional consagra que “la paz es un derecho y un deber de obligatorio cumplimiento” y por tanto, el Estado colombiano se vio en la necesidad de establecer dicho Acto Legislativo en la Constitución para poder hablar de Justicia Transicional.

La mencionada norma constitucional expresa

“**Artículo 1º.** La Constitución Política tendrá un nuevo artículo transitorio que será el 66, así:

Artículo Transitorio 66. Los instrumentos de justicia transicional serán excepcionales y tendrán como finalidad prevalente facilitar la terminación del conflicto armado interno y el logro de la paz estable y duradera, con garantías de no repetición y de seguridad para todos los colombianos; y garantizarán en el mayor nivel posible, los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación. Una ley estatutaria podrá autorizar que, en el marco de un acuerdo

de paz, se dé un tratamiento diferenciado para los distintos grupos armados al margen de la ley que hayan sido parte en el conflicto armado interno y también para los agentes del Estado, en relación con su participación en el mismo. (Subrayado fuera de texto)

Mediante una ley estatutaria se establecerán instrumentos de justicia transicional de carácter judicial o extrajudicial que permitan garantizar los deberes estatales de investigación y sanción. En cualquier caso se aplicarán mecanismos de carácter extrajudicial para el esclarecimiento de la verdad y la reparación de las víctimas. (Subrayado fuera de texto)

(...) Tanto los criterios de priorización como los de selección son inherentes a los instrumentos de justicia transicional. El Fiscal General de la Nación determinará criterios de priorización para el ejercicio de la acción penal. Sin perjuicio del deber general del Estado de investigar y sancionar las graves violaciones a los Derechos Humanos y al Derecho Internacional Humanitario, en el marco de la justicia transicional, el Congreso de la República, por iniciativa del Gobierno Nacional, podrá mediante ley estatutaria determinar criterios de selección que permitan centrar los esfuerzos en la investigación penal de los máximos responsables de todos los delitos que adquieran la connotación de crímenes de lesa humanidad, genocidio, o crímenes de guerra cometidos de manera sistemática; establecer los casos, requisitos y condiciones en los que procedería la suspensión de la ejecución de la pena; establecer los casos en los que proceda la aplicación de sanciones extrajudiciales, de penas alternativas, o de modalidades especiales de ejecución y cumplimiento de la pena; y autorizar la renuncia condicionada a la persecución judicial penal de todos los casos no seleccionados. La ley estatutaria tendrá en cuenta la gravedad y representatividad

de los casos para determinar los criterios de selección. (Subrayado fuera de texto)

(...) **Artículo 2º.** Transitorio. Una vez el gobierno nacional presente al Congreso de la República el primer proyecto de ley que autorice la aplicación de los instrumentos penales establecidos en el inciso 4º del artículo 1º del presente acto legislativo, el Congreso tendrá cuatro (4) años para proferir todas las leyes que regulen esta materia. (Subrayado fuera de texto)

Artículo 3º. La Constitución Política tendrá un nuevo artículo transitorio que será el 67, así:

Artículo Transitorio 67. Una ley estatutaria regulará cuáles serán los delitos considerados conexos al delito político para efectos de la posibilidad de participar en política. No podrán ser considerados conexos al delito político los delitos que adquieran la connotación de crímenes de lesa humanidad y genocidio cometidos de manera sistemática, y en consecuencia no podrán participar en política ni ser elegidos quienes hayan sido condenados y seleccionados por estos delitos.” (Subrayado fuera de texto)

En este punto, como es de observarse se menciona la finalidad y el objeto de la justicia transicional que se desarrollará con las FARC resaltándose la necesidad de garantizar los principios de verdad, justicia, reparación y garantías de no repetición. Para ello, se estipula la creación de una serie de leyes estatutarias que regirán el desarrollo de dicho marco.

Sin embargo, el texto no es claro en dos aspectos a resaltar frente al punto de la justicia: **a)** el papel que jugará el *corpus iuris interamericano* a la hora de que los jueces tomen decisiones que versen sobre derechos humanos y **b)** el desarrollo de la aplicación jurisdiccional de las amnistías o indultos derivadas de los delitos

políticos que se han generado en el conflicto armado.

a) El *corpus iuris interamericano* en las decisiones de los magistrados del Marco Jurídico para la Paz

Frente al punto del desarrollo del elemento Justicia dentro del Marco Jurídico de la Paz se ha desarrollado el Acto Legislativo No. 001 de 2012 y el Comunicado Conjunto # 60 sobre el Acuerdo de creación de una Jurisdicción Especial para la Paz¹⁰ publicado en La Habana, Cuba, el día 23 de septiembre de 2015, en el cual se establecen 10 puntos que serán sustanciales para el desarrollo de la Justicia, estos son:

(...) 2. A la vez, reafirman su compromiso con una fórmula de justicia que satisfaga los derechos de las víctimas y contribuya a la construcción de una paz estable y duradera. Con ese propósito estamos construyendo un Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición. En ese marco hemos acordado que se creará una Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición y hemos logrado acuerdos importantes en materia de reparación de las víctimas. (Subrayado fuera de texto)

3. En cuanto al componente de justicia, hemos acordado crear una Jurisdicción Especial para la Paz, que contará con Salas de Justicia y con un Tribunal para la Paz. Las Salas y el Tribunal estarán integrados principalmente por magistrados colombianos, y contarán con una participación minoritaria de extranjeros que cumplan los más altos requisitos. La función esencial de las Salas y del Tribunal para la Paz es acabar con la impunidad, obtener verdad, contribuir a la reparación de las víctimas y juzgar e imponer sanciones a los responsables de los graves delitos cometidos durante el conflicto armado, particularmente los más

10 http://wp.presidencia.gov.co/Noticias/2015/Septiembre/Paginas/20150923_03-Comunicado-conjunto-N-60-sobre-el-Acuerdo-de-creacion-de-una-Jurisdiccion-Especial-para-la-Paz.aspx

graves y representativos, garantizando la no repetición. (Subrayado fuera de texto)
 4. El componente de justicia prevé que a la terminación de las hostilidades, de acuerdo con el DIH, el Estado colombiano otorgará la amnistía más amplia posible por delitos políticos y conexos. Una ley de amnistía precisará el alcance de la conexidad. En todo caso no serán objeto de amnistía o indulto las conductas tipificadas en la legislación nacional que se correspondan con los delitos de lesa humanidad, el genocidio y los graves crímenes de guerra, entre otros delitos graves como la toma de rehenes u otra privación grave de la libertad, la tortura, el desplazamiento forzado, la desaparición forzada, las ejecuciones extrajudiciales y la violencia sexual. Estos delitos serán objeto de investigación y juzgamiento por parte de la Jurisdicción Especial para la Paz. (Subrayado fuera de texto)

En los mencionados documentos que versan sobre el tópico de la Justicia dentro del Marco Jurídico para la Paz se puede establecer que el papel del *corpus iuris interamericano* es nulo completamente. Quinche Ramírez (2014) siguiendo a la Corte Interamericana hace referencia a dicho *corpus* observando lo siguiente:

“El inventario ya se definió: por dos concurrentes respecto de los cuales puede la Corte Interamericana ejercer su competencia contenciosa, y por otro, las interpretaciones que hace esa Corte, como interprete autorizado de la Convención. La Corte Interamericana refiere los dos componentes con claridad. Respecto de los tratados, señala que el “control difuso de constitucionalidad” no solo comprende la Convención Americana, sino también los “protocolos” adicionales a la misma [sic], así como otros instrumentos internacionales que

han sido motivo de integración al *corpus iuris interamericano*”¹¹; y respecto de las interpretaciones, vincula su contenido a partir del concepto de jurisprudencia, así: [...] 48. Para efectos de parámetros del “control difuso de convencionalidad”, por “jurisprudencia” debe comprenderse toda interpretación que la Corte IDH realice a la Convención Americana, a sus protocolos adicionales, y a otros instrumentos internacionales de la misma naturaleza que sean integrados a dicho *corpus iuris interamericano*, materia de competencia del Tribunal Interamericano”¹². (pág. 152)

El problema radicaría entonces en la definición de las fuentes a las cuales los magistrados de Paz en el marco de postconflicto con las FARC harían referencia a la hora de tomar sus decisiones debido a que el llamado “*corpus iuris interamericano*” no es un criterio vinculante para la jurisdicción colombiana. En este punto, vale referenciar el concepto de Quinche Ramírez (2014) siguiendo a la Corte Constitucional colombiana en Sentencia C-208 de 2006 cuando se evaluaba la constitucionalidad de la Ley Justicia y Paz (L. 975 de 2005) la cual es concebida por la opinión pública como un marco de impunidad:

“Nuevamente traigo a colación la sentencia sobre los paramilitares. Allí la Corte desarrolló una sección sobre “Tratados vinculantes para Colombia”, seguida de otra destinada a la “Jurisprudencia interamericana”, para concluir que “la jurisprudencia de las instancias internacionales, encargadas de interpretar esos tratados, constituye un criterio hermenéutico relevante para establecer el sentido de las normas constitucionales sobre derechos fundamentales”¹³. Acerca de los “tratados vinculantes” nada dicho distinto a su enunciación, pero lo cierto es que no

11 CIDH, voto razonado del juez Ferrer MacGregor en la sentencia de fondo proferida en el caso *Cabrera García y Montiel Flores contra México*. Sentencia 26 de noviembre 26 2010. Serie C, núm. 220, párr. 47.

12 CIDH, voto razonado del juez Ferrer MacGregor en la sentencia de fondo proferida en el caso *Cabrera García y Montiel Flores contra México*. Cit., párr. 48.

13 Corte Const., Sent. C – 370 de 2006 varios ponente, consideración jurídica 4.6, que cita la sentencia C – 010 de 2000, m. p. Alejandro Martínez Caballero.

aplicó ninguno directamente. Más aún, en la ya citada sentencia C-028 de 2006 (M.P. Humberto Sierra Porto), las normas que forman parte del bloque de constitucionalidad no constituyen referentes autónomos del control de constitucional, es decir, no está llamada a verificar la concordancia abstracta de la legislación nacional con los tratados internacionales que obligan al Estado”¹⁴. (pág. 150)

Concibiéndose de esta manera una clara yuxtaposición con lo mencionado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos al establecer que los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer de *ex officio* un “control de convencionalidad” entre normas internas y la Convención Americana de derechos humanos (Quinche Ramírez, 2014).

b) El desarrollo de las amnistías derivadas de los delitos políticos que se han generado en el conflicto armado.

Ahora bien, frente a la temática del desarrollo de amnistías o indultos por delitos políticos, tal y como se ha mencionado anteriormente, dichas instituciones jurídicas han sido proscritas del Sistema Interamericano de Derechos Humanos bajo la sentencia *Barrios Altos Vs. Perú*, la cual tiene fuerza vinculante para todos los Estados parte de la CADH según dicha providencia de la COIDH.

El Centro Internacional para la Justicia Internacional (ICTJ) menciona que dichas amnistías e indultos se enmarcan dentro del concepto de delitos políticos consagrados en el Código Penal colombiano bajo las siguientes conductas: Rebelión (art: 467); Sedición (art: 468); Asonada (art: 469); Conspiración (art: 471) y Seducción, usurpación y retención ilegal de mando (art: 472).

Sin embargo, la COIDH en reciente jurisprudencia a mencionado:

“no es una norma absoluta, en tanto también existe en el Derecho Internacional Humanitario una obligación de los Estados de investigar y juzgar crímenes de guerra. (...) Por consiguiente, puede entenderse que el artículo 6.5 del Protocolo II adicional está referido a amnistías amplias de quienes hayan participado en el conflicto armado no internacional o se encuentren privados de libertad por razones relacionadas con el conflicto armado, siempre que no se trate de hechos que, como en el presente caso, cabrían en la categoría de crímenes de guerra, e incluso, en la de crímenes contra la humanidad”¹⁵.

Dicha concepción encuentra su fundamento normativo en lo estipulado en la norma 159 del “Derecho internacional humanitario consuetudinario”, elaborada por el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR)¹⁶ en donde se observa que

“Cuando hayan cesado las hostilidades, las autoridades en el poder se esforzarán por conceder la amnistía más amplia posible a quienes hayan participado en un conflicto armado no internacional o a las personas privadas de libertad por razones relacionadas con el conflicto armado, salvo a las personas sospechosas o acusadas de haber cometido crímenes de guerra o que estén condenadas por ello”.

Además del anterior fundamento, se puede resaltar el argumento que sirve de base para conceptualizar dicha institución en el Marco Jurídico para la Paz, cuando se argumenta que:

“En materia jurisprudencial, la Corte Suprema de Justicia en sentencias

14 Corte Const., Sent. C – 280 de 2006 M.P. Humberto Sierra Porto, citada en la sentencia C – 291 de 2007, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa, consideración C.

15 Véase Corte IDH, *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador (Fondo, reparaciones y costas)*, Sentencia del 25 de octubre de 2012, Serie No. 252, párrafo 286.

16 Véase Henckaerts, Jean-Marie, Doswald-Beck, Louise, *El derecho internacional humanitario consuetudinario. Volumen I: Normas*, CICR, 2007, pp. 691-694.

de 1950 y 1990 estableció, en líneas generales, que los delitos políticos eran aquellos que tenían como fin el mejoramiento de la dirección de los intereses públicos, en contraste con los delitos ordinarios que se definían como aquellos con fines egoístas, alejados enteramente de los móviles que definen por su aspecto espiritual o ideológico a esa clase de organizaciones, refiriéndose a los grupos insurgentes”.

Sin embargo, en este punto surgen varias dudas razonables frente a algunos delitos que podrían observarse en la aplicación jurisdiccional como conexos sin serlo, se pueden resaltar el terrorismo, el narcotráfico, etc. Frente a estos se podría resaltar el narcotráfico, el cual según diversas perspectivas políticas debería ser un delito de amnistía o indulto teniendo en cuenta que la naturaleza del mismo radica en la necesidad de las FARC para poder solventarse económicamente en el conflicto. Sin embargo, hay que tener en cuenta lo siguiente:

“Colombia firmó y ratificó la Convención de Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas de 1988, la cual establece en su artículo 3, numeral 10, que “a los fines de la cooperación entre las Partes prevista en la presente Convención, en particular la cooperación prevista en los artículos 5, 6, 7 y 9, los delitos tipificados de conformidad con el presente artículo no se considerarán como delitos fiscales o como delitos políticos ni como delitos políticamente motivados, sin perjuicio de las limitaciones constitucionales y de los principios fundamentales del derecho interno de las Partes” (ICTJ, 2016, pág. 8))

A su vez, hace referencia dicho Centro de estudios que a pesar de ser firmado y ratificado dicho Convenio en Colombia no hace parte del “Bloque de Constitucionalidad”, pero ello no significa que no se desprendan ciertas obligaciones internacionales en cabeza del Estado. Al respecto, hay que tener en cuenta que el Estado colombiano mencionó en las declaraciones de la ley 67 de 1993 que ratifico

dicha Convención “Ninguna parte de la Convención podrá interpretarse en el sentido de obligar a Colombia a adoptar medidas legislativas, judiciales, administrativas, o de otro carácter que vulneren o restrinjan su sistema constitucional y legal o vayan más allá de los tratados en que sea parte contratante el Estado colombiano.” (ICTJ, 2016, pág. 8) y en Sentencia T-006 de 1992 la Corte Constitucional colombiana declaró la constitucionalidad bajo el siguiente entendido

“la posición de supremacía de la Constitución sobre las restantes normas que integran el orden jurídico, estriba en que aquella determina la estructura básica del Estado, instituye los órganos a través de los cuales se ejerce la autoridad pública, atribuye competencias para dictar normas, ejecutarlas y decidir conforme a ellas las controversias y litigios que se susciten en la sociedad, y al efectuar todo esto funda el orden jurídico mismo del Estado. La Constitución es el marco supremo y último para determinar tanto la pertenencia al orden jurídico como la validez de cualquier norma, regla o decisión que formulen o profieran los órganos por ella instaurados”

De esta forma, en caso de existir conflicto entre el Convenio firmado y ratificado en Colombia sobre la no consideración del narcotráfico como delito político y la Constitución Política de 1991, deberá prevalecer la Constitución, so pena de responder por las respectivas obligaciones internacionales emanadas por el incumplimiento del tratado.

También cabe la necesidad de definir ciertos criterios de identificación de delitos políticos con el ánimo de no permitir que los jueces en sus providencias apliquen dichas leyes que dependiendo la direccionalidad se podrían considerar como convencionales o inconvencionales de acuerdo al caso en concreto.

Al respecto el Centro Internacional de Justicia (2016) definió lo siguiente:

“- El primero, sobre los casos ajustados estrictamente a las reglas del DIH, que no exige un amplio desarrollo de la noción del delito político, pero que, partiendo del presupuesto de la prohibición de conceder amnistías e indultos a crímenes internacionales, considera que se podrían aplicar esas medidas especiales a las acciones de violencia legítima ejecutadas de acuerdo a las normas y principios del DIH, como se razonó en el primer apartado de este documento.

- El segundo, sobre los delitos políticos tipificados como tales en el código penal colombiano, que pueden ser objeto de una amnistía general de iure.

- El tercero, sobre los delitos conexos al delito político considerados puros o absolutos, los cuales pueden ser igualmente parte de una amnistía como la mencionada en el punto anterior.

- El cuarto, sobre los delitos conexos al delito político considerados relativos, los cuales deberán ser objeto de análisis, en aplicación de unos criterios definidos, como, por ejemplo, los expuestos.

- El quinto, sobre las conductas que sin ser consideradas parte del desarrollo directo de las hostilidades ni ejecutadas en el teatro de operaciones militares, ni tampoco tener posibilidad de conexidad con el delito político, pueden ser consideradas “en el marco y relación del conflicto armado”; las cuales requerirán un análisis interpretativo que puede aplicar algunas fuentes disponibles del derecho internacional o, por analogía, criterios mencionados para establecer la conexidad con el delito político (proporcionalidad, inmediatez, contexto, etc.) y que pueden ser objeto de medidas de tratamiento jurídico especial”. (pág. 17)

En conclusión, se puede observar que el elemento jurisdiccional de la Justicia Transicional posee enormes dudas que no permitan un desarrollo integral y conforme a la protección de los derechos humanos. En

primer momento, el infortunado concepto de la Corte Constitucional colombiana sobre la NO convencionalidad de los jueces, lo cual es un punto que da lugar al escepticismo de los magistrados de paz, los cuales con base en dicho argumento podrán observar que la CADH no les obliga a la hora de tomar sus decisiones y en un segundo momento, la problemática de las leyes de amnistía e indulto representan claramente un vacío jurídico que probablemente traerá consigo impunidad debido a que no existe precisión conceptual hacia la aplicación jurisdiccional en el marco de un complejo conflicto que lleva más de medio siglo en Colombia.

VI) EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD *EX OFFICIO* Y LA JUSTICIA TRANSICIONAL DESARROLLADA EN COLOMBIA

Tal y como lo observa Quinche Ramírez (2009) los Estados Partes se encuentran en la obligación de respetar los derechos contenidos en la Convención Americana de Derechos Humanos. Así es como la jurisprudencia de la Corte Interamericana ha establecido que dicho artículo “incluye la adopción de medidas para suprimir las normas y prácticas de cualquier naturaleza que impliquen una violación a las garantías previstas en la Convención, así como la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la observancia efectiva de dichas garantías”¹⁷. “Con esto se plantea el despliegue del control de convencionalidad tanto en el plano de las leyes (control abstracto), como en el de los hechos, genéricamente designados en el fallo como “prácticas” (control concreto) (Quinche Ramírez, 2009, pág. 178).

Ahora bien, el proceso de Justicia Transicional de los paramilitares a través de la Ley 975 de 2005 de “Justicia y Paz” ha sido especialmente criticado por la doctrina y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, tanto en un ejercicio abstracto como concreto de convencionalidad de las normas expedidas por el Congreso de la República y la aplicación por parte de los jueces en Colombia.

17 CIDH. *Caso Durand Ugarte contra Perú*. Sentencia de agosto 16 de 2000. Serie C No. 68, párrafo 137; *Caso “La última tentación de Cristo contra Chile*. Sentencia de febrero 5 de 2001. Serie C No. 73, párrafo 85.

Así es como observa Quinche Ramírez (2009) cuando afirma:

“En el segundo de los fallos, es decir, en la Sentencia C-370 de 2006, la Corte Constitucional actualiza los estándares sobre los derechos de las víctimas, a propósito del control constitucional de la Ley 975 de 2005, que en opinión de algunos, contiene una amnistía encubierta en favor de los paramilitares¹⁸. La Corte emprendió una tarea muy difícil y mediante la adopción de una sentencia condicionada o modulativa, intentó lograr simultáneamente tres objetivos: impedir la impunidad total de los crímenes cometidos por los paramilitares; salvar, hasta donde le resultó posible, el contenido de los derechos de las víctimas; y ajustar la ley a los estándares internacionales de protección y juzgamiento, con el fin de evitar en el futuro, las intervenciones de órganos de justicia internacional como la Corte Penal Internacional, o el ejercicio del principio de jurisdicción universal por parte de algún Estado” (pág. 184).

Aunado a lo anterior observa Abuchaibe (2011) que la Corte Interamericana de Derechos Humanos a pesar de no haber realizado un análisis abstracto de la legislación interna de la Ley de Justicia y Paz, sí ha podido establecer dentro de sus sentencias algunos conceptos que deben observarse con especial detenimiento para que los jueces no permitan la aplicación de leyes que se encuentren en contra de la Convención Americana de Derechos Humanos, entre estos se pueden resaltar los siguientes puntos:

- **Falta de justicia en los procesos de justicia y paz.** Al respecto, se ha mencionado que la demora de los procesos constituyen por sí mismo violaciones a las

garantías judiciales. Por ello, el Estado debe garantizar que el acceso a la justicia se de en términos razonables y no basados en demoras excesivas o dilaciones frente a la consecución de un derecho reconocido como hecho notorio por la Corte Constitucional colombiana¹⁹.

- **Insuficiencia de las indemnizaciones por instancias nacionales.** La reparación de un daño causado por la violación de un Estado a los derechos humanos debe ser adecuada, bajo los criterios de rehabilitación y satisfacción, y garantías de no repetición. En este punto la Corte Interamericana, fue enfática al señalar en el caso de la Rochela que las indemnizaciones otorgadas a las víctimas no garantizaban desde ningún punto de vista ninguno de los anteriores criterios. Por ello, se declaró la responsabilidad del Estado y se ordenó a una reparación acorde a estos componentes. En este orden de ideas se pueden renombrar las sentencias masacre pueblo bello, Mapiripán e Ituango en donde de igual manera las sumas reconocidas no cumplían con las expectativas convencionales.
- **La falta de medidas de satisfacción y garantías de no repetición para garantizar la reparación integral.** Ha resultado necesario que en el caso de la Justicia Transicional la Corte Interamericana a través de sus sentencias busque la garantía de los estándares de verdad, justicia y reparación debido a que la normatividad interna no garantizó dichos estándares y fue necesario “ordenar continuar con las investigaciones, publicar hechos probados, divulgar sentencias de la corte, llevar a cabo actos de memoria histórica, y organizar actos públicos con presencia de autoridades del Estado para pedir perdón a las víctimas y sus familiares”. (Abuchaibe, 2011, pág. 28) Así mismo, se ordenó la creación de

¹⁸ En palabras de Quinche Ramírez, Esta es la tesis sostenida por la Comisión Colombiana de Juristas, por Amnistía Internacional, por *Human Rights Watch* y sugerida desde los defectos de la ley, por la Oficina en Colombia del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos.

¹⁹ En palabras Abuchaibe se observa que “en el caso Genie Lacayo contra Nicaragua (1997) estableció que para determinar la razonabilidad de un plazo es necesario tener en cuenta: a) la complejidad del asunto, b) la actividad procesal del interesado y c) la conducta de las autoridades judiciales.

medidas de atención psicosocial, becas de estudio y la seguridad de las personas que quisieran regresar al país.

Un punto complejo frente a la temática adelantada en las negociaciones son los conceptos de expertos internacionales en el tema de Justicia de Transiciones, quienes se refieren a que las actuales negociaciones FARC son concebidas como una “piñata de impunidad”²⁰, cuestión que sin lugar a duda da nacimiento a un especial recelo por parte de la COIDH, los magistrados de Paz y todos los jueces en Colombia para no permitir que se siga dando vulneración de los estándares mínimos fijados por la COIDH.

CONCLUSIONES

Con base en el anterior análisis que se desprende que el control de convencionalidad está institucionalizado por la COIDH como un mecanismo que busca el real y efectivo cumplimiento de los derechos convencionales consagrados en la CADH. Esto, a través de sus dos dimensiones abstracta (sobre las leyes de los Estados parte de la CADH) y difusa (sobre las decisiones de los jueces internos). De esta forma, se plantea una clara distinción entre el bloque de constitucionalidad como mero parámetro a la hora de toma de decisiones por parte de los Estados y el control de convencionalidad, como instrumento eficaz de efectividad de control a los Estados. Por ello, aunque la Corte Constitucional ha mencionado que los jueces en Colombia no son convencionales, la vinculatoriedad de la CADH invalida lo establecido por dicha Corte y con ello, obliga a todos los jueces a ser convencionales como lo observa la Jurisprudencia de la COIDH. En este punto, se puede observar con el Bloque de Constitucionalidad es su marcada distinción entre el estricto y el amplio sentido que no permite que instrumentos internacionales como la CADH o la jurisprudencia de la COIDH hagan parte del estricto sentido como lo son los tratados ratificados por Colombia en materia de DIH. Sin embargo, como se puede observar

la vinculatoriedad de estos instrumentos es evidente y por lo tanto, la Corte Constitucional debe abandonar dicha concepción cerrada del bloque de constitucionalidad y reconocer la ampliación del bloque de constitucionalidad en estricto sensu hacia lo que se considera como el *corpus iuris interamericano* como instrumento que fije parámetros obligatorios para el ejecutivo, legislativo y judicial a la hora de tomar sus decisiones que se adecuen a la protección de los DDHH.

De esta forma, los jueces en Colombia podrían realizar un *control ex officio* de convencionalidad como el caso mexicano, cuando las partes lo soliciten o ellos lo consideren de oficio. Ello, generaría que la congestión del SIDH no fuese tan caótica en la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y en la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sin embargo, al hablar de Justicia Transicional es necesario observar que esta justicia contiene elementos especiales que tocan directamente a la sociedad en sus principios y por ello, dicho control *ex officio* debe ser obligatorio para los jueces de los Estados parte que hayan ratificado la CADH, debido a que lo que está en juego son los principios de verdad, justicia, reparación y garantías de no repetición directamente relacionado con el DIDH y el DIH. La Justicia Transicional en sí misma está instituida para transformar sociedad pero debe guardar un equilibrio entre el valor de la paz y la justicia, a través de una justicia responsabilizante en donde los detractores de DDHH, cumplan con los criterios mínimos establecidos en materia de DDHH y DIH.

De allí, que al traer a colación el tema de negociaciones de paz con las FARC sea necesario observar que existe claramente incertidumbre sobre las fuentes a las cuales los magistrados de Paz deberán recurrir para tomar decisiones que involucran violaciones de DDHH y DIH, debido a que como lo observa la Corte Constitucional colombiana, los jueces en Colombia NO son convencionales y entre sus fuentes del derecho al hablar de bloque de constitucionalidad, no se encuentra en *estricto sensu* el *corpus iuris inte-*

²⁰ Para profundizar sobre el tema: <http://www.elespectador.com/noticias/paz/pacto-de-justicia-colombia-una-pinata-de-impunidad-denu-articulo-607243>

americano que reúne la CADH, decisiones de la COIDH y demás instrumentos internacionales en materia de DDHH.

Por lo tanto, la problemática se centra en permitir que estos errores se cometan nuevamente y que después la COIDH y la Corte Constitucional colombiana tengan que enmendar los errores cometidos por el Ejecutivo y el Legislativo, los aspectos mencionados se pueden prever con tiempo con el ánimo y de esta manera, no llegar a un declaración internacional de responsabilidad del Estado colombiano por el cumplimiento de sus obligaciones internacionales.

PROPUESTA

Como propuestas ante la problemática planteada en esta investigación se estima pertinente: **i)** la ampliación de bloque de constitucionalidad, hacia lo que la COIDH considera como el *corpus iuris interamericano* para que los jueces internos del Estado colombiano observen como criterio integrativo y no solo hermenéutico en la toma de sus decisiones las fuentes emanadas de la CADH. Alejándose con ello, de la concepción cerrada de la Corte

Constitucional colombiana en sentencia C-028 de 2006, en la cual se observa que los jueces en Colombia NO son convencionales, concepción que se aleja completamente de la CADH y los pronunciamientos establecidos por la COIDH. **ii)** El control de convencionalidad *ex officio* debe ser establecido en Colombia en los criterios establecidos por la COIDH, es decir, facultativo al igual que en los Estados Unidos Mexicanos. Pero al hablarse de Justicia Transicional dicho control debe ser obligatorio por parte de los Magistrados de Paz, debido a que están tratando temas que tienen ver directamente con la verdad, justicia, reparación y garantías de no repetición derivada de un acuerdo entre actores del conflicto que buscan a través de negociaciones dar soluciones un conflicto de más de medio siglo en Colombia. Y finalmente, **iii)** la necesaria la definición de criterios claros que permita a los jueces tomar decisiones frente a los delitos políticos, conexos absolutos, relativos o de “tratamiento especial” debido a que estos como observa el DIH y la COIDH pueden ser objeto de leyes de amnistía o indultos y tal incertidumbre podría generar miles de violaciones de DDHH en el marco de la Justicia Transicional en Colombia.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Asamblea Nacional Constituyente, Constitución Política de 1991. Recuperado de: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=4125>
- Arango M. (2004) *El bloque de constitucionalidad en la jurisprudencia de la corte constitucional colombiana*. Revista Precedente. Universidad ICESI. Cali, Colombia. 2004. Recuperado de: <http://www.icesi.edu.co/contenido/pdfs/C1C-marango-bloque.pdf>
- Centro Internacional para la Justicia Internacional (2009). ¿Qué es la justicia transicional? Enfoque Justicia Transicional. Recuperado de: <https://www.ictj.org/sites/default/files/ICTJ-Global-Transitional-Justice-2009-Spanish.pdf>
- Comisión Colombiana de Juristas (2007) Principios internacionales sobre impunidad y reparaciones. Principios de Joinet (1997). Opciones Graficas Editores Ltda. Bogotá, Colombia. Recuperado de: http://www.coljuristas.org/documentos/libros_e_informes/principios_sobre_impunidad_y_reparaciones.pdf
- Comité Internacional de Cruz Roja (S/ F) Protocolo Adicionales a los Convenios de Ginebra de 1949. CICR. Recuperado de: https://www.icrc.org/spa/assets/files/other/protocolos_adicionales.pdf
- Congreso de la República de Colombia (2012) Acto Legislativo Núm. 001 de 2012 “por medio del cual se establecen instrumentos jurídicos de justicia transicional en el marco del artículo 22 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones”. Recuperado de: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=48679>

Congreso de la República de Colombia, Código Penal Colombiano, Ley 599 de 2000. Recuperado de: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=6388>

Congreso de la República de Colombia (2005) Ley 975 de 2005 del 25 de julio de 2005. Por medio de 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. Recuperado de: http://www.fiscalia.gov.co:8080/Documentos/Normativa/LEY_975_250705.htm

Convención Americana de Derechos Humanos. Recuperado de: http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm

Convenios de Ginebra de 1949. Recuperado de: <https://www.icrc.org/spa/assets/files/publications/convenios-gva-esp-2012.pdf>

Corte Constitucional colombiana (2006) Sentencia 370 de 2006 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa)

Corte Constitucional colombiana (2003) Sentencia C – 067 de 2003 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra)

Corte Constitucional colombiana (1995) Sentencia C-225-95 MP: Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional colombiana (1995) Sentencia C-578-95 MP: Eduardo Cifuentes Muñoz,

Corte Constitucional colombiana (1999) Sentencia C-582- 99 MP. Alejandro Martínez Caballero

Corte Constitucional colombiana (2006) Sentencia C – 028 de 2006 (M.P. Humberto Sierra Porto)

Corte Interamericana de Derechos Humanos (14 de marzo de 2001) *Caso Barrios Altos Vs. Perú*. Recuperado de: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_75_esp.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos (29 de noviembre de 2006) *Caso La Cantuta Vs. Perú*. Recuperado de: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_162_esp.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos (24 de noviembre de 2006) *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) contra Perú*. Recuperado de: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_158_esp.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos (12 de noviembre de 1997) *Caso Suárez Rosero versus Ecuador*. Recuperado de: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_35_esp.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos (26 de septiembre de 2006) *Caso Almonacid Arellanos contra Chile*. Recuperado de: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos (25 de noviembre de 2003) *caso Myrna Mack Chang contra Guatemala*. Recuperado de: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_101_esp.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos (25 de octubre de 2012) *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador*. Recuperado de: http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_252_esp.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos (16 de agosto de 2000) *Caso Durand Ugarte contra Perú*. Recuperado de: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_68_esp.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos (05 de febrero de 2001) *Caso “La última tentación de Cristo contra Chile*. Recuperado de: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_73_esp.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos (N/R). *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Recuperado de <http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/controlconvencionalidad8.pdf>

- Corte Interamericana de Derechos Humanos (1994) Opinión Consultiva No. 4 de 1994. Recuperado de: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_14_esp.pdf
- Cubides Cárdenas, J. A., Chacón Triana, N., & Martínez Lazcano, A. J. (2015). El control de convencionalidad (CCV): retos y pugnas. Una explicación taxonómica. *Revista Academia & Derecho*, 6(11), 53-94.
- El Espectador (2015) *Pacto de justicia en Colombia es una "piñata de impunidad", denuncia HRW*. El Espectador. Recuperado de: <http://www.elespectador.com/noticias/paz/pacto-de-justicia-colombia-una-pinata-de-impunidad-denu-articulo-607243>
- Fajardo, A. (2007) *Contenido y alcance jurisprudencial del Bloque de Constitucionalidad en Colombia*, Civilizar, revista electrónica de divulgación científica. Universidad Sergio Arboleda, núm. 13, Bogotá, julio – diciembre de 2007.
- Gaceta del Semanario Judicial de la Federación (2013) *Control de constitucionalidad y convencionalidad ex officio. Su significado y alcance*. Primera Sala. Décima Época. Libro 1, Diciembre de 2013. Recuperado de: <http://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Documentos/Tesis/2005/2005116.pdf>
- Gaceta del Semanario Judicial de la Federación (2011) *Control de convencionalidad ex officio en un modelo de control difuso de constitucionalidad*. Pleno. Décima Época. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Libro III, Diciembre de 2011. Recuperado de: <http://sjf.scjn.gob.mx/SJFSist/Documentos/Tesis/160/160589.pdf>
- Gaceta del Semanario Judicial de la Federación (2011) *Pasos a seguir en el control de constitucionalidad y convencionalidad ex officio en materia de derechos humanos*. Pleno. Décima Época. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Libro III, Diciembre de 2011, Recuperado de: <http://sjf.scjn.gob.mx/SJFSist/Documentos/Tesis/160/160589.pdf>
- Gómez Montañez, J. A. (2014). Derecho a la reparación y lucha contra la impunidad ante graves violaciones a los derechos humanos. *Revista Academia & Derecho*, 5(8), 99-118.
- Guacaneme Pineda, R. E., & Avendaño Castro, W. R. (2015). El concepto de globalización en la jurisprudencia colombiana (2000-2014). Análisis jurisprudencial en tres cortes colombiana: Constitucional, Suprema de Justicia y Consejo de Estado. *Revista Academia & Derecho*, 6(11), 155-182.
- Heidi Abuchaibe (2011) *La Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Justicia Transicional en Colombia*. Revista de la Universidad Externado de Colombia. Bogotá, Colombia. Pág. 24 – 29. Recuperado de: http://portal.uexternado.edu.co/pdf/5_revistaZero/ZERO%2026/HeidiAbuchaibe.pdf
- Henckaerts, Jean-Marie, Doswald-Beck, Louise, *El derecho internacional humanitario consuetudinario. Volumen I: Normas*, CICR, 2007, pp. 691-694.
- Muñoz Hernández, L. A. (2012). *Justicia transicional y la realidad de los procesos de paz en la construcción del nuevo orden social en Colombia* (1ª ed.). San José de Cúcuta, Colombia: Universidad Libre.
- Muñoz Hernández, L. A., & Agudelo Ibáñez, S. J. (2016). *Justicia transicional y sustitución constitucional en Colombia. Caso M-19 (1990)* (1ª ed.). Medellín, Colombia: Universidad Libre & Biblioteca Jurídica Diké.
- Organización de Estados Americanos (1995) Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, (Convención de Belém do Pará). Recuperado de: https://www.oas.org/dil/esp/Convencion_Belem_do_Para.pdf
- Organización de Naciones Unidas (1988) Convención de Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas de 1988. Recuperado de: https://www.unodc.org/pdf/convention_1988_es.pdf
- Organización de Naciones Unidas (1949) Declaración Universal de Derechos Humanos. Recuperado de: <http://www.un.org/es/documents/udhr/index.shtml>

- Pabón Giraldo, L. D., & Jiménez Ospina, A. (2014). Una alternativa de legitimidad para la solución por vía de negociación al conflicto armado interno colombiano desde el derecho internacional penal. *Revista Academia & Derecho*, 5(8), 137-152.
- Presidencia de la República (2015). *Comunicado Conjunto # 60 sobre el Acuerdo de creación de una Jurisdicción Especial para la Paz*. Recuperado de: http://wp.presidencia.gov.co/Noticias/2015/Septiembre/Paginas/20150923_03-Comunicado-conjunto-N-60-sobre-el-Acuerdo-de-creacion-de-una-Jurisdiccion-Especial-para-la-Paz.aspx
- Quinche Ramírez (2009) *Control de Convencionalidad y Sistema colombiano*. Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional. Bogotá, Colombia. Recuperado de: <http://corteidh.or.cr/tablas/r25586.pdf>
- Quinche Ramírez (2014) *Control de Convencionalidad*. TEMIS S.A. Bogotá, Colombia.
- Sánchez Vallejo, J. (2015). Entre la recepción y la omisión de una obligación internacional: el control de convencionalidad en el Consejo de Estado. *Revista Academia & Derecho*, 6(11), 183-226.
- Sagues, N. (2010) *Obligaciones internacionales y control de convencionalidad*, Revista Estudios Constitucionales, año 8, núm. 1, Talca, Universidad de Talca, 2010.
- Traesí, F. & Rivera H. (2016) *Delito político, amnistías e indultos*. Edit. Centro Internacional para la Justicia Internacional. Recuperado de: https://www.ictj.org/sites/default/files/ICTJ-Analisis-Colombia-delito-politico-2016_0.pdf
- Uprimny, Saffon, Botero & Restrepo (2006) *Justicia transicional, sin transición. Verdad, Justicia y Reparación para Colombia*, Edit. Antropos, Bogotá, D.C.
- Uprimny, Rodrigo (2012) *El bloque de constitucionalidad, derechos humanos y proceso penal*. DeJusticia. Bogotá, D.C. Recuperado de: http://www.dejusticia.org/index.php?modo=interna&tema=estado_de_derecho&publicacion=73
- Yañez Meza, D. A., & Yañez Meza, J. C. (2012). Las fuentes del derecho en la constitución política de 1991: una teoría que plantea la existencia de dos jueces distintos. *Revista Academia & Derecho*, 3(5), 7-34.