

Revista de Derecho Procesal Contemporáneo



Semilleros de Derecho Procesal

Revista de Derecho Procesal Contemporáneo – Semilleros De Derecho Procesal	Bogotá D.C. Colombia	No. 004	Enero - Junio Año 2017	ISSN 2463-0594	Págs. 243
--	-------------------------	---------	---------------------------	-------------------	--------------



INSTITUTO COLOMBIANO
DE DERECHO PROCESAL

ISSN 2463-0594

Revista de Derecho Procesal Contemporáneo

Semilleros de Derecho Procesal

No. 4 – Edición Enero- Junio 2017

Instituto Colombiano de Derecho Procesal

Calle 67 No. 4ª- 09 Teléfonos: 310 44 09- 310 1091 Fax: 310 44 89

Diseño de Carátula: Diego Tobón

Diagramación: Eudith Milady Baene Angarita

Bogotá, D.C. – Colombia

EQUIPO EDITORIAL

MAGDA ISABEL QUINTERO PÉREZ - DIRECTORA - EDITORA

Abogada. Egresada y Especialista en Derecho Público de la Universidad Libre Seccional Cúcuta. Especialista en Derecho Procesal Civil de la Universidad Externado de Colombia, Magister en Derecho con Énfasis en Responsabilidad Contractual y Extracontractual Civil y del Estado. Directora Ejecutiva del Instituto Colombiano de Derecho Procesal. Docente de la Universidad Libre de Colombia. Miembro de los Institutos Colombiano e Iberoamericano de Derecho Procesal.

EUDITH MILADY BAENE ANGARITA - COORDINADORA DE SEMILLEROS

Abogada de la Universidad Libre de Colombia, Seccional Cúcuta. Monitorea el área de Derecho Procesal 2013-2015 e integrante del Semillero de Derecho Procesal y Penal durante toda su carrera en la misma universidad. Ganadora del Concurso de Técnicas de Juicio Oral en Sistema Penal Acusatorio, organizado por la Embajada de Estados Unidos en 2012. Cursando la maestría en Justicia y Tutela de los Derechos con énfasis en Derecho Procesal en la Universidad Externado de Colombia. Abogada Investigadora y Coordinadora de los Semilleros en el Instituto Colombiano de Derecho Procesal.

MIEMBROS COMITÉ CIENTÍFICO

Dr. Álvaro Pérez Ragone

Abogado de la Universidad Nacional de Tucumán, Argentina. Doctor en Derecho, Universidad de Colonia, Alemania. Becario de la Fundación Alexander von Humboldt (2009-2010). Integrante del Foro para la Reforma Procesal Civil, instaurado por el Ministerio de Justicia. Consultor en arbitraje internacional del estudio jurídico Marinoni Abogados, Curitiba, Brasil. Profesor de Derecho Procesal Civil, de Derecho Procesal Laboral y de Ética Aplicada en la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Autor de diversas obras jurídicas y tratadista internacional.

Dr. Antonio María Lorca

Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad del País Vasco (España). Es doctor en Derecho por la Universidad de Granada con la máxima calificación de sobresaliente cum laude por unanimidad. Es, también, Dottore in Giurisprudenza de la Università degli Studii di Bologna (Italia) con la máxima calificación de cento sul cento dieci e lode. Es premio Avv. Mario Jachia a la mejor Tesi di Laurea de su especialidad concedida por la Università degli Studii di Bologna (Italia). Ha sido Becario del Real Colegio Albornociano de San Clemente de los españoles Bologna (Italia). Becario de la Deutscher Akademischer Austauschdienst y Becario de la Alexander Von Humboldt-Stiftung. Es Director de la Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje. Miembro del Consejo editorial de la Revista General de Derecho Procesal editada por Iustel. Es Director del Instituto Vasco de Derecho Procesal. Autor de varias obras jurídicas y tratadista internacional.

Dr. Carlos Colmenares Uribe

Abogado egresado de la Universidad libre Seccional Cúcuta, en donde ejerció los cargos de Decano de la Facultad de Derecho y Rector Seccional. Magister de Derecho Procesal y Doctor en Derecho. Es Conjuuez del Tribunal Superior del Distrito Judicial del Norte de Santander, Presidente del Instituto Colombiano de Derecho Procesal – Capitulo Norte de Santander y Profesor de Pregrado y Postgrado de la Universidad Libre. Autor de diversas obras jurídicas y tratadista internacional.

Dr. Jairo Parra Quijano

Abogado de la Universidad Libre, ex rector de la misma Universidad. Presidente del Instituto Colombiano de Derecho Procesal, miembro de la Academia Colombiana de Jurisprudencia, miembro de los Institutos Mundial, Iberoamericano, Panamericano, entre otros. Es profesor Universitario, miembro de la Comisión Redactora y de la Comisión Revisora del Código General del Proceso. Autor de diversas obras jurídicas y tratadista internacional.

Dra. Selva Anabella Klett Fernández

Doctora en Derecho y Ciencias Sociales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo. Docente e investigadora de la Universidad de la República tanto en posgrados como en la formación dirigida a profesores y magistrados en diversas áreas como el derecho procesal y la técnica probatoria. Fue Directora del Centro de Estudios Judiciales del Uruguay y Ministra del Tribunal de Apelaciones en lo Civil. Fue Jueza de Paz y Jueza Letrada en lo Civil. Miembro del Instituto Uruguayo de Derecho Procesal desde 1982, del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal desde 2002, de la Asociación de Derecho Procesal Eduardo J. Couture desde 2008 e integrante del Consejo de Dirección de la Revista Uruguaya de Derecho Procesal, desde el año 2003. Autora de diversas obras jurídicas y tratadista internacional.

MIEMBROS COMITÉ EDITORIAL

Dr. Alejandro Giraldo López

Abogado del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. Doctorado "Estructuras Económicas y Desigualdades Sociales" de la Universidad de Salamanca-España, master en Sociología Jurídica en el Instituto Internacional de Sociología Jurídica Oñati, Gipuzkoa-España, magister en Derecho Económico en Pontificia Universidad Javeriana. Primer puesto en el VII Programa de Pasantías Secretaría General de la Comunidad Andina BID-INTAL. Docente de pregrado y postgrado en las universidad Nacional, Externado de Colombia, Los Andes, Pontificia Universidad Javeriana, Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. Actualmente se desempeña como Superintendente Delegado para el Control y Vigilancia de Reglamentos Técnicos y Metrología Legal. Miembro del Instituto Colombiano de Derecho Procesal.

Dr. Carlos Andrés Pérez Alarcón

Abogado. Especialista en Derecho Constitucional, Especialista en Derecho Procesal Contemporáneo y Magíster en Derecho Procesal. Con estudios en Derechos Humanos de la Universidad Alfonso X el Sabio de Madrid y en Sistema Penal Acusatorio del Instituto de Estudios Judiciales de Puerto Rico. Docente de pregrado y posgrado. Ex Fiscal. Actualmente Juez Quinto Penal del Circuito de Pereira y presidente del Instituto Colombiano de Derecho Procesal Capítulo Risaralda.

Dr. Carlos Mario de la Espriella

Abogado de la Corporación Universitaria del Caribe- CECAR, especialista en derecho procesal civil y derecho administrativo de la misma universidad, Magister en Derecho Administrativo de la Universidad Externado de Colombia. Docente en la Corporación Universitaria del Caribe. Miembro del Instituto Colombiano de Derecho Procesal- Capítulo Sucre.

Dr. Dairo Pérez Méndez

Abogado de la Universidad de Cartagena. Especialista en Derecho Administrativo de la Universidad Libre y magíster en "Responsabilidad Contractual y Extracontractual Civil y del Estado" de la Universidad Externado de Colombia, estudiante del doctorado en Derecho de la

Universidad de Buenos Aires (Argentina). Abogado litigante, asesor jurídico externo de entidades públicas y privadas, docente de Posgrados en el área de Derecho Público, desde hace más de doce años, en las Universidades: CECAR, Universidad de Sucre, Universidad Pontificia Bolivariana seccional Montería, Universidad Simón Bolívar de Barranquilla, entre otras. Conjuez del Tribunal Administrativo de Sucre y Presidente del Capítulo Sucre del Instituto Colombiano de Derecho Procesal.

Dr. Gustavo Orlando Nicastro Seoane

Egresado del Centro de Estudios Judiciales del Uruguay. Asesor Técnico Letrado de la Suprema Corte de Justicia de la República Oriental del Uruguay. Diplomado en Derechos Humanos con especialización en acceso a la justicia. Miembro de la Asociación de Derecho Procesal Eduardo J. Couture, del Instituto Uruguayo de Derecho Procesal y del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. Profesor de la Universidad de la República Oriental del Uruguay.

Dra. Macarena Vargas

Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad Diego Portales de Chile, Abogada título otorgado por la Excelentísima Corte Suprema de Chile, Post-titulada en "Enfoque Sistémico de la Familia" por el Instituto Chileno de Terapia Familiar, diplomada en "Medición Familiar" por la Pontificia Universidad Católica de Chile, magister en Gestión y Políticas Públicas de la Universidad de Chile, Candidata a doctora de la Universidad Católica de Valparaíso de Chile. Autora de diversas obras jurídicas.

Dr. Nattan Nisimblat Murillo

Abogado de la Universidad de Los Andes. Especialista en Derecho Probatorio y en Derecho Procesal de la Universidad del Rosario, Negociador del Programa de Negociación de las Universidades de Harvard, Instituto Tecnológico de Massachussets y TUFTS, Conciliador en Derecho, magíster en Derecho de la Universidad de los Andes, doctorando en Administración, Hacienda, Justicia y Estado Social de la Universidad de Salamanca. Miembro Instituto Colombiano de Derecho Procesal; miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, miembro del Centro Colombiano de Derecho Procesal Constitucional, autor de obras en Derecho Procesal, Derecho Probatorio y Derecho Procesal Constitucional.

Dr. Ramón Antonio Peláez

Abogado de la Universidad Autónoma de Colombia. Especialista en Derecho Privado Económico de la Universidad Nacional de Colombia y en Derecho Procesal de la Universidad Libre de Colombia, magíster en Derecho Procesal de la Universidad Libre y doctorado en Derecho de la Universidad Externado de Colombia. Miembro del Instituto Colombiano e Iberoamericano de Derecho Procesal. Docente de postgrados de la U. Externado de Colombia. Libre, Católica de Colombia. Sergio Arboleda y Santo Tomás Seccional Bucaramanga. Docente de pregrado de la U. Autónoma de Colombia, Incca y Colegio Mayor de Cundinamarca. Coordinador de la Especialización de Derechos Humanos de la Universidad Incca de Colombia.

Dr. Rodolfo Pérez Vásquez

Abogado, especialista en Derecho Procesal, especialista en Gestión de Proyectos Educativos, magister en Derecho Procesal, doctor (c) en Derecho Procesal Contemporáneo. Par académico del Ministerio de Educación Nacional, abogado litigante, docente de pregrado y posgrado. Miembro de la Academia Colombiana de Jurisprudencia, Presidente Capítulo Atlántico del Instituto Colombiano de Derecho Procesal, Conjuez del Tribunal Superior Sala Civil.

Dr. Samir Alberto Bonett

Abogado de la Universidad Libre, especialista en Derecho Laboral, candidato a Doctor de la Universidad Libre de Colombia. Vicepresidente del Instituto Colombiano de Derecho Procesal, Capítulo Norte de Santander. Docente, investigador y director del Semillero de Derecho Procesal y del Semillero de Derecho del Trabajo y Seguridad Social de la Universidad Libre de Colombia, Seccional Cúcuta.

CONTENIDO

Editorial <i>Magda Isabel Quintero Pérez</i>	10
ESBOZO DE UN MODELO DE JUSTICIA TRANSICIONAL PARA MÉXICO <i>Semillero de la Universidad Nacional Autónoma de México</i>	11
LA PRUEBA DE CONTEXTO EN LA JUSTICIA TRANSICIONAL <i>Semillero de la Universidad Nacional de Colombia</i>	41
LA REPARACIÓN DEL DAÑO AMBIENTAL EN EL MARCO DE JUSTICIA TRANSICIONAL EN COLOMBIA Y EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD: Propuesta de reconocimiento del medio ambiente como víctima del conflicto armado. <i>Semillero de la Universidad de Nariño</i>	78
LA SECCIÓN DE REVISIÓN DEL TRIBUNAL ESPECIAL PARA LA PAZ: UN ANÁLISIS CON EL FIN DE EVITAR UN EVENTUAL CONFLICTO INTERJURISDICCIONAL, INTERPRETACIONES CONTRA CONVENCIONALES Y POSIBLES FACULTADES SUPRACONSTITUCIONALES <i>Semillero de la Universidad de los Andes</i>	112
INCIDENTE DE CONTROL DE CONVENCIONALIDAD DIFUSO PROYECTADO AL MODELO COLOMBIANO DE JUSTICIA TRANSICIONAL <i>Semillero de la Universidad Libre. Sede Bogotá</i>	152
COMPONENTES DEMOCRÁTICOS DE LA JUSTICIA TRANSICIONAL SOBRE LOS ESTÁNDARES CONVENCIONALES DE LOS DERECHOS DE LAS VÍCTIMAS <i>Unidad Central del Valle del Cauca</i>	216
COMPLEJIDADES Y DILEMAS DE LA JUSTICIA TRANSICIONAL, DE CARA AL ESTATUTO DE ROMA Y AL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS <i>Jorge Luis Mosquera Mosquera , Leiner Ecce Homo Palacios Aguilar, Samuel Asprilla Valencia</i>	243

EDITORIAL

Magda Isabel Quintero Pérez

La Revista de Derecho Procesal Contemporáneo “Semilleros de Derecho Procesal”, en su cuarta edición, nos permite seguir cumpliendo nuestro compromiso con la difusión de las investigaciones realizadas por los estudiantes de derecho, a través de los grupos de semilleros de derecho procesal.

Buscamos llevar a la comunidad académica las ideas desarrolladas por los estudiantes, mediante una publicación seria, arbitrada y con temas que actualmente están marcando la pauta en el derecho procesal.

En esta edición presentamos artículos orientados al estudio de la justicia transicional desde diferentes ámbitos del derecho, la sociedad y la historia. Contaremos con la oportunidad de conocer aspectos críticos, problemáticos y propositivos con relación a este tema que es de actual importancia en Colombia y en el cual se necesita del estudio de nuestros jóvenes como futuros responsables de los destinos de nuestra sociedad.

Invitamos a los estudiantes de derecho para que sigan investigando y publicando sus resultados de investigación, con el fin de brindarle a la comunidad jurídica y académica propuestas de cambio, mejoramiento y evaluación constante de la efectividad del derecho como principal herramienta para alcanzar el mejoramiento de nuestra justicia.

Esperamos con esta publicación afianzar nuestros lazos académicos con las Facultades de Derecho y seguir compartiendo el conocimiento jurídico construido a través de la investigación.

ESBOZO DE UN MODELO DE JUSTICIA TRANSICIONAL PARA MÉXICO*

Semillero de investigación en Derecho Procesal
de la Universidad Nacional Autónoma de México**

*Héctor Esteban García García,
Luz Coral Hernández Aguilar,
Víctor Manuel Soria Reguera*

Director del Semillero: Baldomero Mendoza López¹

Resumen:

Las políticas referentes al problema del narcotráfico lo han reducido a un problema de seguridad nacional, lo que ha propiciado en países latinoamericanos, específicamente en Colombia y México, una escalonada de violencia sin precedentes en su combate. En

* Artículo inédito. Recibido 02 de septiembre de 2016 – Aprobado el 30 de noviembre 2017.

Para citar el artículo: GARCÍA GARCÍA, Héctor Esteban; HERNÁNDEZ AGUILAR, Luz Coral; SORIA REGUERA, Víctor Manuel. Esbozo de un modelo de justicia transicional para México. *Revista de Derecho Procesal Contemporáneo – ICDP*. No. 4, Enero – Junio de 2016. Bogotá: Instituto Colombiano de Derecho Procesal. pp. 11-41.

Este artículo es la base de la ponencia presentada por los autores en el XVII Concurso Internacional de Estudiantes de Derecho - Nivel Pregrado, que se realizó en el marco del XXXVII Congreso Colombiano de Derecho Procesal, celebrado del 31 de agosto al 2 de septiembre del 2016, en la ciudad de Medellín.

** Los autores son estudiantes que conforman el grupo de semilleros de investigación de derecho procesal de la Universidad Nacional Autónoma de México.

¹ Docente de la Universidad Nacional Autónoma de México, director del grupo de semilleros de Derecho Procesal de la misma Universidad.

México, desde el año de 2006, con la presidencia de Felipe Calderón Hinojosa, condujo con base en una serie de políticas prohibicionistas basadas en una idea de seguridad nacional y bajo la lógica de la guerra, un combate frontal al narcotráfico. En este contexto, entre 2006 y 2011, la *guerra contra el narco*, propició una violencia desmedida proveniente tanto de actores públicos como privados, en donde se diluyó la frontera entre la normalidad y la excepcionalidad. Esta situación aún persiste, incluso con mayor número de decesos.

La guerra contra el narco actualizó en México la violación sistemática a derechos humanos, en donde las ejecuciones extrajudiciales, la tortura, las violaciones al debido proceso, las desapariciones forzadas, aunado a los grandes desplazamientos de personas que trataron de escapar de esa realidad atroz, han resultado una constante.

Ante esta situación, es indispensable tomar medidas decisivas que permitan abandonar el combate a las drogas con base en políticas prohibicionistas y como tema de seguridad nacional, para ser ahora tratadas dentro de una agenda de salud pública y buscar con ello restablecer la paz en México, garantizando que los derechos de las víctimas de la violencia sean en la medida de lo posible restituidos.

Con base en la adopción de un modelo de Justicia Transicional para México, se considera posible realizar el cambio en la política de tratamiento a las drogas, dentro de un esquema de amplio espectro, que a su vez permite combatir la impunidad, conocer la verdad de lo sucedido durante la guerra contra el narcotráfico, reparar las violaciones cometidas, así como el procesamiento penal bajo modelos de macrocriminalidad y macrovictimización en donde haya lugar a la penalización de los crímenes más graves y a los máximos responsables, utilizando criterios de selección y priorización, para que así, finalmente se logre la reconciliación nacional.

Es urgente terminar con la política de guerra y sus efectos, y en la Justicia Transicional están las herramientas para hacerlo posible.

Palabras clave: Justicia transicional, política de guerra, verdad, reparación.

Introducción

Ni el narcotráfico, ni la lucha por erradicarlo es algo nuevo en México. Este problema, y la violencia que genera, tiene sus raíces en la presencia de una economía ilícita, causada por las políticas prohibicionistas que fueron impulsadas desde los Estados Unidos en las primeras décadas del siglo pasado. Debido a ello, fue promulgada en 1912 la Convención Internacional sobre el Opio de la Haya y posteriormente se consolidó el régimen de prohibición en tres instrumentos más: la Convención Única sobre Estupefacientes de 1961, la Convención sobre Sustancias Psicotrópicas de 1971 y la Convención contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes de 1988. Desde entonces,

combatir el narcotráfico se consideró incluso un tema de seguridad nacional que propició, en países latinoamericanos, específicamente en Colombia y México, una escalada de violencia sin precedentes.

Así, en México, a finales de 2006, el nuevo gobierno federal comenzó su mandato promoviendo la seguridad nacional a través de la lucha contra el tráfico de drogas y contra los grupos delincuenciales que lo propiciaban. Debido a ello, el entonces Presidente Felipe Calderón Hinojosa inició, bajo la lógica de la guerra, un combate frontal al narcotráfico, so pretexto de velar por la tranquilidad y seguridad de todos los mexicanos. En un discurso pronunciado en agosto de 2008, aseveró:

Sé que México enfrenta un gran problema de seguridad. Éste es un cáncer que se ha venido incubando durante años y al que no se le dio la debida atención, pero es un cáncer que vamos a erradicar.

... Estamos completamente decididos a recuperar la seguridad, la autoridad y el orden en las calles y en las plazas del país. Por esta razón iniciamos y realizamos los operativos conjuntos, en los que hemos utilizado todos los recursos del Estado para lograrlo.

... Es una batalla difícil, sí; es una batalla que tomará tiempo, que costará recursos y por desgracia vidas humanas, pero puedes estar seguro de que es una batalla que vamos a ganar con el apoyo del pueblo de México.¹

Los operativos conjuntos convirtieron al país en escenario de auténticos enfrentamientos armados. El Ejército ocupó las calles de las principales ciudades del país, y se hizo cargo de las tareas de seguridad en lugar de la policía civil; los cárteles de la droga continuaron disputando las plazas; las cifras de muertes relacionadas con la criminalidad organizada y su combate crecieron de forma alarmante. Poco a poco, la violencia se apoderó de la vida nacional. A partir de entonces, la política de seguridad del gobierno federal fue comprendida dentro de un solo mote: *La guerra contra el narco*.

Evidentemente, la violencia no sólo fue causada por la acción del Estado. Agentes privados, como los grupos del narcotráfico y los denominados grupos de autodefensa, avivaron el conflicto en conjunto con las fuerzas gubernamentales. Así, *la guerra contra el narco* rebasó en México los límites de la violencia conocida.

Por una parte, las fuerzas estatales fijaron retenes en donde todo individuo era sospechoso y revisado; convirtieron las calles y avenidas del país en campos de batalla; estuvieron involucrados en la ejecución y desaparición de cientos de personas;

¹ Calderón Hinojosa, Felipe, *Discurso pronunciado en agosto de 2008*, Presidencia de la República, disponible en bit.ly/y8lLyn61

convirtieron en práctica común los cateos sin orden judicial. Poco a poco, en cada rincón de México el gobierno diluyó la frontera entre la normalidad y la excepcionalidad.²

Por su parte, los grupos del narcotráfico buscaron afianzar su poder y ampliar sus zonas de influencia en otras regiones del país, accionando armas de alto calibre y distribuyendo los cuerpos desmembrados de sus opositores. Actuando al margen de la ley, cometieron todo tipo de delitos para consolidar su negocio. Los grupos de autodefensa, también al margen de la ley, hicieron uso de las armas para hacer valer sus intereses, muchas veces, a causa de la ausencia del Estado.

Como se puede observar, la violencia provino tanto de actores públicos como privados, y propició los más graves atentados contra la vida, la integridad y la libertad de las personas. Ello, a través de ejecuciones extrajudiciales, tortura, innumerables violaciones al debido proceso, constantes desapariciones forzadas, a todo lo cual se sumaron los grandes desplazamientos de personas que trataron de escapar de esa realidad atroz. En suma, como consecuencia de todas aquellas acciones de guerra, la violencia propició en México la violación sistemática de los Derechos Humanos.

Ante esta situación, es indispensable tomar medidas decisivas que permitan abandonar el combate a las drogas con base en políticas prohibicionistas y como parte de un problema de seguridad. Es indispensable comenzar a tratar el problema del narcotráfico dentro de una agenda de salud pública, de una forma que permita restablecer la paz en México y, a la vez, garantice que los derechos de las víctimas de la violencia sean restituidos en la mayor medida de lo posible.

Adoptar un modelo de Justicia Transicional en México es una alternativa idónea para hacer posible ese cambio en la forma en que se maneja el problema de las drogas en nuestro país. Dentro de un esquema de amplio espectro, este modelo a su vez permitiría conocer la verdad de lo sucedido durante la guerra contra el narco, promovería la reparación las violaciones cometidas y ayudaría a combatir la impunidad a través de la persecución y sanción de los máximos responsables de los crímenes más graves. Concluido el proceso de transición, finalmente se lograría la anhelada reconciliación nacional, un verdadero México en paz.

Es por lo anterior, que con el presente ensayo se propone para México la adopción de un modelo de Justicia Transicional, que responda a las necesidades propias de nuestro país, garantizando tanto la paz como la reconciliación, así como el procesamiento de los máximos responsables y la vigencia efectiva de los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación.

² Salazar Ugarte, Pedro, *Crítica de la mano dura. Cómo enfrentar la violencia y preservar nuestras libertades*, Editorial Océano, México, 2012, pág. 53.

Es urgente terminar con la política de guerra y sus efectos, y en la Justicia Transicional están las herramientas para hacerlo posible.

1. ¿Qué es la Justicia Transicional?

Por lo que respecta a la Justicia Transicional, debe reconocerse que no hay una definición única ni completa sobre el tema. Generalmente se acude a la definición que diera el Secretario General de las Naciones Unidas en un informe dirigido al Consejo de Seguridad, en el año 2004, en el cual aseguró que la Justicia Transicional es “toda variedad de procesos y mecanismos asociados con los intentos de una sociedad por resolver los problemas derivados de un pasado de abusos a gran escala, a fin de que los responsables rindan cuenta de sus actos, servir a la justicia y lograr la reconciliación.”³

Así, la Justicia Transicional, es un instrumento para la paz que está conformado por una variedad de medidas judiciales y extrajudiciales, cuyas finalidades son reconocer a las víctimas, restablecer la confianza pública, la reconciliación y el fortalecimiento de la democracia⁴. Estas medidas consisten fundamentalmente en la implementación de procesos judiciales, programas de reparación, mecanismos para el conocimiento de la verdad y procesos de reforma institucional⁵.

Históricamente, las medidas que conforman a la Justicia Transicional fueron concebidas en su conjunto como respuesta a las violaciones asociadas con ejercicio abusivo del poder en situaciones post autoritarias. Ello, con el propósito de saldar déficits de justicia sin exacerbar los problemas de inestabilidad política⁶ que son inherentes a cualquier contexto de transformación. De esta forma, los primeros modelos de Justicia Transicional permitieron combatir y saldar los abusos cometidos por el Estado, tanto en periodos dictatoriales de represión, como en momentos en que éste hacía frente a grupos organizados en el contexto de un conflicto armado⁷. Actualmente, la Justicia Transicional, también han sido empleada como herramienta eficaz para combatir los abusos cometidos en cualquier periodo de violencia masiva,

³ ONU. *El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos*, Secretaría General, Resolución S/2004/616, 3 de agosto de 2004, párr. 8; ONU, *Justicia Transicional y los Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, HR/PUB/13/5, Nueva York y Ginebra, 2014, pág. 5.

⁴ Corte Constitucional Colombiana. *Instrumentos Jurídicos de Justicia Transicional*. Sentencia C-579/13 de 2013, Magistrado Presidente Jorge Iván Palacio Palacio, parágrafos 6.1.1.1 – 6.1.1.4

⁵ De Greiff, Pablo, *Algunas reflexiones acerca del desarrollo de la Justicia Transicional*, Anuario de Derechos Humanos, Universidad de Chile, 2011, p. 18.

⁶ *Idem*.

⁷ Sersale di Cerisano, Federico, *Justicia transicional en las Américas. El impacto del Sistema Interamericano*, Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Costa Rica, No. 57, 2013, pág. 116, 117.

siempre que se enfrente un legado de violaciones sistemáticas a derechos humanos que tuvieron lugar en un momento históricamente determinado⁸.

Por ende, debemos considerar que la Justicia Transicional no sólo puede ser utilizada para superar periodos de dictaduras o conflictos armados, sino cualquier periodo de violencia masiva en el cual se hayan cometido abusos relacionados con graves violaciones a Derechos Humanos, incluyendo las infracciones graves al Derecho Internacional Humanitario⁹. En atención a ello, las distintas medidas que pueden adoptarse en el marco de un modelo de Justicia Transicional deben tener como punto de partida al Derecho Internacional de los Derechos Humanos y al Derecho Internacional Humanitario, ya que es ahí donde quedan delineados los derechos de las víctimas, las obligaciones del Estado y los mejores mecanismos para garantizar su respectivo respeto y cumplimiento. En otras palabras, la Justicia Transicional debe ser construida por los Estados a partir de sus obligaciones internacionales y, principalmente, en ejercicio del control de convencionalidad.

No obstante, no existe un modelo de Justicia Transicional universal que sea aplicable en todos los países y en todos los contextos, ya que cada modelo debe ajustarse a las necesidades del país o región en que se busque implementar, aun y cuando para ello se funde en normas y valores universales¹⁰, como lo son los derechos humanos. Ante la diversidad y la pluralidad, la Justicia Transicional debe ser también diferenciada para cada lugar y tiempo en que se emplea, ya que las causas y consecuencias de la violencia generalizada son siempre distintas en función de las contingencias sociales, políticas, económicas y culturales. Es por ese motivo que las experiencias precedentes de otros lugares únicamente deben aprovecharse como punto de partida para comenzar los debates y para dirigir la toma de decisiones¹¹.

En este entendido, el proceso de elaboración de un modelo de Justicia Transicional, debe ser profundamente democrático¹², ya que solamente así se podrá asegurar que las medias que se tomen, respondan plenamente a las necesidades que se tienen. Con un proceso democrático, las víctimas y todos los actores del conflicto tendrán la

⁸ Van Zyl, Paul, “Promoviendo la Justicia Transicional en Sociedades Post-conflicto”, en Romero, Mauricio (org.), *Verdad, memoria y reconstrucción: estudios de caso y análisis comparado*, International Center for Transitional Justice, Bogotá, 2008; Josi, Claudia (coord.), *Justicia Transicional en América Latina, Primer Informe del grupo de trabajo “Justicia Transicional”*, Sociedad Latinoamericana para el Derecho Internacional, 2010, pág. 3.

⁹ Corte Constitucional Colombiana. *Instrumentos Jurídicos... cit.*, parágrafo 6.1.1

¹⁰ Uprimny Yepes, Rodrigo, et. al., *Justicia para la paz: Crímenes atroces, derecho a la justicia y paz negociada*, Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia, Bogotá, 2014, pág. 25; ONU, *Instrumentos del Estado de Derecho para sociedades que han salido de un conflicto. Programa de reparaciones*, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, HR/PUB/08/1, Organización de las Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra, 2008, pág. 2.

¹¹ ONU. *El Estado de derecho y la justicia de transición... cit.*, párr.16.

¹² Josi, Claudia (coord.), *op. cit.*, pág. 5.

oportunidad de diseñar un proceso de transición que asegure una paz duradera sobre la base de la reconciliación y de la protección de los derechos de todos.

2. El caso mexicano – la guerra contra el narco

Centrando la atención en el caso mexicano, es clara la necesidad de adoptar medidas transicionales para superar el periodo de violencia en que nuestro país está inmerso desde el año 2006, con la llamada *guerra contra el narco*. Esta *guerra* fue el detonante de una sucesión de graves violaciones a derechos humanos que hasta la fecha no ha concluido, sino que incluso aun va en aumento.

Los cárteles mexicanos han operado como auténticos grupos armados organizados, han asolado regiones enteras del país con sanguinarios enfrentamientos, y la respuesta militarizada del gobierno federal sólo ha provocado mayores atentados en contra de los derechos de las personas. La aparición de los grupos de autodefensa fue únicamente otro ejemplo del privilegio que goza la violencia armada para hacer valer los intereses de todos los grupos en pugna. Según cifras del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, la violencia armada en México ha provocado 151,233 personas asesinadas entre diciembre de 2006 y agosto de 2015, y al menos 26,000 personas desaparecidas, miles de mujeres y niñas han sido abusadas sexualmente, entre otros atentados contra los derechos humanos.¹³

San Fernando, Tlatlaya y Ayotzinapa son palabras que resuenan profundo en nuestras mentes pues se trata de casos graves y representativos de una realidad que pocos quieren reconocer, y mucho menos enfrentar. No obstante, la realidad de nuestro país exige la adopción de medidas a través de las cuales se pueda enfrentar la violencia sin violencia, y con ello por fin se pueda restablecer la paz. Así, en la Justicia Transicional es posible encontrar una alternativa viable para México, ya que a través de un modelo adecuado, se puede desarrollar herramientas efectivas para combatir la impunidad, procesar a los máximos responsables, acceder a la verdad de lo ocurrido y reparar las violaciones cometidas.

Si bien, la situación de México no se considera formalmente una guerra – incluso el gobierno ha eliminado la expresión de todo discurso –, resulta evidente la presencia de grupos armados organizados que se enfrentan entre ellos y en contra del Estado Mexicano. Para los más críticos, esta situación revela la existencia de conflicto armado de carácter no internacional en los términos del artículo 3 común de los convenios de Ginebra de 1949, pues los enfrentamientos cumplen con un nivel mínimo de

¹³ ONU, *declaración del Alto Comisionado de la ONU para los Derechos Humanos, Zeid Ra'ad Al Hussein, con motivo de su visita a México, 7 de octubre de 2015*, Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, declaración a medios, 2015, pág. 3

intensidad y los grupos armados no gubernamentales disponen de fuerzas armadas organizadas¹⁴.

Ante esta situación, y sin perjuicio del proceso democrático que debe seguirse para construir el proceso transicional, se propone para México la adopción de una estrategia holística¹⁵ que incorpore medidas de enjuiciamiento, búsqueda de la verdad y reparación del daño a las víctimas. Dicha estrategia deberá necesariamente reconocer la insuficiencia de cada una de estas medidas por separado y la imperiosa necesidad de interrelacionarlas para que puedan reforzarse mutuamente¹⁶, de forma que puedan, sólo en conjunto, subsanar adecuadamente las secuelas de los abusos provocados por la violencia. Para ello, a manera de esbozo, se presentan los siguientes elementos básicos:

2.1. Justicia

En todo modelo de Justicia Transicional, las iniciativas de justicia son aquellas que se refieren a la investigación, juzgamiento y sanción de los responsables de las graves violaciones a derechos humanos, a través de procesos judiciales que promuevan la disuasión y constituyan una denuncia pública de las conductas inaceptables para la sociedad.¹⁷ Tales iniciativas se encuentran enmarcadas en el deber de los Estados de garantizar el acceso a la justicia de las personas que se encuentren bajo su jurisdicción¹⁸.

Al respecto, los órganos del sistema Interamericano de protección de los derechos humanos, han sostenido que en casos de graves violaciones cometidas dentro de un contexto de violaciones masivas y sistemáticas, la obligación de investigar no puede desecharse o condicionarse por actos o disposiciones normativas internas de ninguna índole¹⁹.

¹⁴ CICR, *¿Cuál es la definición de conflicto armado según el derecho internacional Humanitario?* Documento de opinión, Ginebra, Marzo de 2008, pág. 3. TPIY, *The Prosecutor Vs. Dusko Tadic*, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, IT-94-1-A, 2 de octubre de 1995, párr. 70; *The Prosecutor Vs. Fatmir Limaj*, Judgment, IT-03-66-T, 30 de noviembre de 2005, párr. 84; Sandoval Ballesteros, Netzaí, “La Competencia de la Corte Penal Internacional para conocer de crímenes de guerra y de lesa humanidad en México”, en *El cotidiano*, Revista de la Universidad Autónoma Metropolitana, Ciudad de México, No. 172, marzo – abril de 2012, pp. 153-166, pág. 157.

¹⁵ ONU. *El Estado de derecho y la justicia de transición... cit.*, párr. 26.

¹⁶ ONU. *Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición*, Pablo de Greiff, Asamblea General, Resolución A/HRC/21/46, 9 de agosto de 2012, párr. 21, 22.

¹⁷ ONU. *El Estado de derecho y la justicia de transición... cit.*, párr. 39

¹⁸ Corte IDH. *Caso de la Masacre de La Rochela Vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 de mayo de 2007. Serie C, No. 163, párr. 193

¹⁹ CIDH. *Verdad, justicia y reparación: Cuarto informe sobre la situación de derechos humanos en Colombia*. OEA/Ser.L/V/II Doc. 49/13, 31 de diciembre de 2013, 208; Corte IDH. *Caso Masacres de Río Negro Vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de

Al contrario, deben tomarse todas las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias, para hacer efectivos los derechos y libertades reconocidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En este tenor, un modelo de Justicia Transicional que establezca la investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de las violaciones de los derechos humanos, cubre perfectamente la obligación del Estado de combatir la violación a tales derechos, por todos los medios legales disponibles²⁰. Evitar y combatir la impunidad se vuelve, así, el principal deber del Estado frente a las atrocidades provocadas por la violencia.

Sin embargo, en México, pocos han sido los partícipes de la violencia armada que han tenido que hacer frente a la justicia. Entre los homicidios, sólo el dieciséis por ciento de los casos investigados derivó en una acusación formal, y de estos, sólo uno de cada diez llegó a sentencia condenatoria. Entre las desapariciones forzadas, hasta 2015 únicamente existían 313 investigaciones federales y sólo 13 condenas. Entre los casos de tortura, hasta abril de 2015 existían 1884 investigaciones federales, 12 acusaciones y ocho sentencias condenatorias.²¹ Si se considera en su conjunto a la enorme cantidad de víctimas, estas cifras resultan irrisorias, y se vuelve sumamente preocupante el alto grado de impunidad que prevalece en nuestro país.

Tan altos índices de impunidad son el resultado de la ausencia o defecto de instituciones jurídicas que permitan combatirla; pero también es resultado de la falta de voluntad política para crearlas y para iniciar los procesos correspondientes en contra de todos los actores del conflicto, sin distinción. Es cierto que se desde el gobierno se han impulsado avances significativos, como la Reforma al Sistema de Justicia Penal, que permite agilizar los procesos y admite la delación premiada, o como la incorporación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, con sus respectivas consecuencias sobre el procesamiento penal de agentes estatales. Pero a pesar de esto, la impunidad se mantiene a la alza, debido, en parte, a la deficiente formulación de tipos penales como el de tortura o desaparición forzada, y a la negativa del Estado de procesar a sus propios agentes por los abusos que han cometido. A esto se debe sumar la corrupción y el contubernio que sostienen los cárteles de la droga con múltiples autoridades estatales, así como el miedo que infunden los grupos criminales a la totalidad del sistema de justicia.

Ante este panorama desolador, la acción gubernamental debe ser decisiva, en el sentido de construir un mecanismo de justicia que, por una parte, supere las barreras políticas que impiden el cumplimiento de las obligaciones internacionales del Estado Mexicano

septiembre de 2012 Serie C No. 250, párr. 190; Corte IDH. *Caso Contreras y otros Vs. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2011 Serie C No. 232, párr. 127.

²⁰ Corte IDH, *Caso de la "Masacre de Mapiripán" Vs. Colombia*. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134, párr. 236 y 237.

²¹ Open Society Justice Initiative, *Atrocidades Innegables, Confrontando crímenes de lesa humanidad en México*, Open Society Foundations, New York, 2016, pág. 14, 15.

y, por la otra, determine eficientemente la responsabilidad penal de los autores de la violencia.

En este sentido, se propone para México la adopción de una política estratégica de investigación, juzgamiento y sanción que, con base en criterios claros y transparentes, centre los esfuerzos del Estado en procesar penalmente sólo a los máximos responsables de la violencia armada

Lo anterior se explica por lo difícil que es organizar todo el aparato institucional para procesar penalmente a todas las personas que participaron en las violaciones. Si se tiene en cuenta la cifra estimada de víctimas, la complejidad de las estructuras criminales y las jerarquías estatales, es incalculable el número de personas que han participado de alguna manera en tan graves atentados contra la vida, integridad y libertad humanas. Procesar penalmente a cada individuo no sólo provocaría años de desgaste y saturación del sistema de justicia, sino que en muchas ocasiones el resultado de los procesos penales particularmente considerados, no dejaría satisfechas las exigencias de justicia y de conocimiento de la verdad por parte de las víctimas y de la sociedad.

Por ende, resulta fundamental que en el marco de la transición, la política de enjuiciamiento se enfoque en aquellas personas que tienen el mayor grado de responsabilidad en las violaciones cometidas durante el periodo de violencia armada, mediante el establecimiento de criterios objetivos de selección²². Así, un máximo responsable será aquel que, bajo el concepto de rol esencial, se encuentra en altas posiciones de la cadena de mando, sea integrante del Estado, o bien, de la organización criminal. Esta circunstancia de selección, también incluiría al agente de rango inferior cuyas conductas en la comisión de las atrocidades fueron particularmente graves, notorias o significativas²³.

Estos criterios deben ser lo suficientemente claros y transparentes, de forma que por sí mismos expliquen los motivos de la distinción en el tratamiento de las conductas que se estiman delictivas²⁴. En otras palabras, los criterios de selección de máximos responsables deben dejar claro el por qué ciertas conductas serán objeto de procesamiento penal y por qué otras no. Sólo de esta forma la sociedad mexicana aceptaría que ciertas conductas, pese a constituir ilícitos conforme al derecho interno, no serían procesadas penalmente, mientras que otras, por haber determinado la

²² ONU. *Instrumentos del Estado de Derecho para sociedades que han salido de un conflicto. Iniciativas de Enjuiciamiento*. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, HR/PUB/06/0, Nueva York y Ginebra, 2006, pág. 7, 8; Corte Constitucional Colombiana. *Instrumentos Jurídicos... cit.*, Conclusión 9.4

²³ Seils, Paul, *Propuesta de criterios de selección y priorización para la ley de Justicia y Paz en Colombia*, International Center for Transitional Justice, Bogotá, 2012, pág. 6; ICC, *Strategic Plan June 2012 – 2015*, Office of the Prosecutor, Octubre de 2013, párr. 22.

²⁴ Uprimny Yepes, Rodrigo, et. al., *op. cit.*, pág. 212; ONU. *El Estado de derecho y la justicia de transición... cit.*, párr. 46.

comisión de graves violaciones a los derechos humanos, ameritarían la aplicación del derecho penal.

A pesar de lo anterior, la necesidad de evitar el surgimiento enormes brechas de impunidad exigiría imponer, a todos aquellos que no fueran seleccionados como máximos responsables, el deber de colaborar con el esclarecimiento de la verdad y, en su caso, con la adecuada reparación de las víctimas.²⁵

Con adecuados criterios de selección de máximos responsables, se puede solucionar en México el problema del desgaste y la saturación del sistema de justicia. Sin tantos responsables por procesar, los esfuerzos del Estado podrían centrarse en el juzgamiento de las personas cuyas conductas fueron determinantes en la comisión de las violaciones.

Sin embargo, los procesos penales individuales en contra de los máximos responsables no son suficientes para saldar los déficits de justicia en contextos de violaciones masivas y sistemáticas a los derechos humanos. No basta con seleccionar a ciertas personas cuyas conductas fueron particularmente graves para luego procesarlas penalmente, una a una, de manera individual. Para responder realmente a las exigencias de las víctimas y de la sociedad, la investigación y el procesamiento penal deben integrarse de forma tal que las conductas individuales de los máximos responsables sean consideradas dentro de patrones de macrocriminalidad y macrovictimización.

Es decir, para hacer verdadera justicia a favor de las víctimas, se requiere de investigaciones y procesamientos penales que se concentren en identificar ciertas líneas de conducta criminal, revelando el funcionamiento de las organizaciones que promovieron la violencia, así como el modo de ejecución de sus crímenes y la forma en que estos repercutieron en las víctimas.

En este contexto, la investigación y el procesamiento penal de los máximos responsables requieren necesariamente la construcción de macroprocesos que, con base en criterios de gravedad y representatividad²⁶, sustituyan la estrategia de investigación caso por caso que caracteriza al derecho procesal penal²⁷. Circunstancias tales como el lugar, el tiempo, la forma de comisión, los sujetos pasivos o grupos sociales afectados, los sujetos activos o la escala e impacto del crimen, permitirían definir qué tan graves y representativos son múltiples hechos que, inscritos dentro de un mismo patrón macrocriminal, repercutieron sobre un número considerable de víctimas. El macroproceso sería construido precisamente con base en esas circunstancias comunes a todos los hechos, de forma que todas las víctimas de la

²⁵ ONU, *Instrumentos del Estado de Derecho para sociedades que han salido de un conflicto. Iniciativas de enjuiciamiento... cit.*, pág. 10

²⁶ Corte Constitucional Colombiana. *Instrumentos Jurídicos... cit.*, parágrafo 8.2.6.

²⁷ *Ibidem*, parágrafo 8.3.2.

violencia sean representadas por la investigación y posterior procesamiento penal de los máximos responsables.

Una estrategia de esta naturaleza permitiría afrontar de forma efectiva, en el caso mexicano, la enorme cantidad de violaciones a los derechos humanos cometidas en nuestro país durante los últimos 10 años, ya que la apertura de macroprocesos para determinar a los máximos responsables daría rostro a miles de victimarios, tanto públicos como privados, y revelaría las estructuras que permitieron esas violaciones, sus causas, sus beneficiarios y sus consecuencias en la población civil²⁸. Asimismo, los macroprocesos permitirían eliminar la sensación de impunidad que persiste cuando las víctimas no se sienten identificadas con la labor gubernamental que pretende combatirla. El objetivo del macroproceso es, precisamente, incluir a todas las víctimas en la estrategia de justicia.

Tomando como ejemplo el caso de San Fernando, la construcción del macroproceso sería el paso previo e indispensable para determinar a los máximos responsables no sólo de la masacre, sino también de otros sucesos similares cometidos en la región noreste del país durante los últimos años, en contra de migrantes latinoamericanos.

En efecto, este caso adquirió notoriedad precisamente porque, la noche del 22 y la madrugada de un 23 de agosto del año 2010, los cuerpos de 72 migrantes fueron encontrados en un ejido cercano a la ciudad de San Fernando, en el Estado de Tamaulipas. La versión oficial atribuyó los hechos a la delincuencia organizada, y pudimos ver a las fuerzas de seguridad e inteligencia desplegar grandes operativos para dar con los responsables. Pese a las buenas intenciones, hasta la fecha no se ha condenado a ninguna persona por los hechos, y lo más graves de todo es que fenómenos similares se han repetido una y otra vez en la región noreste, una de las más grandes zonas de tránsito migratorio. Bastó el transcurso de siete meses tras la masacre de San Fernando para que el gobierno federal encontrara en la misma región una suma de 47 fosas clandestinas, que contenían los restos de 196 personas que se encontraban de paso por la entidad²⁹. Desde entonces, con cierta regularidad se tiene conocimiento de nuevas ejecuciones o desapariciones en la región, presumiblemente cometidas por las mismas organizaciones criminales.

Como se puede observar, todos estos hechos de violencia tienen algunas circunstancias en común: fueron perpetrados por organizaciones criminales, en contra de migrantes o personas en tránsito, en la región noreste del país. Cuesta creer que se trate de hechos aislados, sin ningún tipo de relación entre ellos, pues la forma en que se han

²⁸ Corte IDH. *Caso Manuel Cepeda Vargas Vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de mayo de 2010. Serie C No. 213, párr. 118.

²⁹ Proyecto Más de 72, “A 5 años de la masacre en San Fernando, las desapariciones siguen en los caminos de Tamaulipas”, *Animal Político*, Sección Seguridad, Ciudad de México, 7 de abril de 2016, consultado por última vez el 25 de junio de 2016.

consumado los acontecimientos parece revelar la existencia de una línea de conducta criminal bien definida, es decir, un patrón de macrocriminalidad.

En atención a de esto, no es suficiente iniciar investigaciones penales individuales en contra de los probables responsables de los hechos de violencia. Procesar penalmente a los siete detenidos por la Fiscalía Federal de México en el caso de San Fernando no brindaría mayores elementos para combatir el fenómeno macrocriminal que azota la región noreste, ni proporcionaría herramientas efectivas para evitar que los acontecimientos se volvieran a repetir. El procesamiento individual únicamente tendría el efecto de sustraer de la estructura criminal a un eslabón sustituible, cuando lo que se requiere en un contexto de violaciones masivas y sistemáticas es combatir al fenómeno de la criminalidad en su conjunto.

A causa de lo anterior, la apertura de macroprocesos se convierte no sólo en una herramienta útil, sino necesaria, para responder adecuadamente al fenómeno de las ejecuciones y desapariciones de migrantes en la región de Tamaulipas. Hechas las investigaciones desde esta óptica global, sería por fin posible ejercer acción penal en contra de quienes, desde la estructura criminal, fueron los máximos responsables de las graves violaciones a los derechos humanos cometidas en contra de los migrantes San Fernando y de muchas otras ciudades de la región. Así, no se sustrae únicamente a un eslabón sustituible, sino a todos los pilares de la estructura criminal.

Esta forma de hacer justicia, a través de una estrategia clara de investigación y procesamiento penal, responde a las necesidades de las víctimas en México, pues combate la impunidad vigente en la mayoría de los casos, revela los patrones criminales que provocaron la violencia y permite dismantelar las estructuras que propiciaron las violaciones.

2.2. Verdad

Ahora bien, por lo que respecta a *la verdad*, segundo derecho de las víctimas que debe ser garantizado en todo modelo de justicia transicional, cabe recordar que se trata de un derecho autónomo³⁰ e inalienable a la persona³¹, independiente de otros derechos con los que está íntimamente relacionado, como lo son el derecho a un recurso efectivo, a la protección judicial, a la vida familiar, a una investigación eficaz, a ser oído por tribunal competente y a obtener una reparación integral. El derecho a la verdad se erige así como un derecho no sólo de las víctimas, sino también de sus familiares y de toda la sociedad, consistente en que todos ellos deben ser informados de lo sucedido³².

³⁰ ONU, *Estudio sobre el derecho a la verdad*, Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, E/CN.4/2006/91, pág 204, párrafo 42.

³¹ ONU, *Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad*, Comisión de Derechos Humanos, E/CN.4/2005/102/Add.1, Nueva York, 08 de febrero de 2005, pág. 7, Principio 2.

³² Corte IDH, *Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de febrero de 2002. Serie C, No. 91, párr.. 76, 77; Mac-Gregor Poisot, Eduardo Ferrer, *Voto concurrente en*

En contextos graves violaciones a derechos humanos, conocer la verdad implica también el derecho a conocer las razones y circunstancias en las que los tan aberrantes delitos llegaron a cometerse, con el fin de evitar que los mismos vuelvan a suceder en un futuro³³.

Abonando a lo anterior, Corte Interamericana ha sostenido que conocer dónde se encuentran los restos de sus seres queridos constituye una exigencia del derecho a la verdad y una medida de reparación a favor de los familiares de las víctimas.³⁴ En relación con lo anterior, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que la omisión por parte del Estado de proporcionar a los familiares cercanos información sobre la suerte, paradero, circunstancias de ejecución y el lugar exacto de entierro de las víctimas constituye una forma de trato cruel o inhumano³⁵. Tratándose de la desaparición forzada de personas, el derecho a la verdad se manifiesta como un derecho a conocer, también cuál fue el destino de la víctima³⁶.

Entendida como derecho, la verdad trae aparejada para el Estado el deber correlativo de adoptar todas las medidas que sean necesarias para hacerlo efectivo, en el marco de las obligación general de garantía prevista en instrumentos internacionales, como la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Así, dentro del contexto histórico analizado, uno de los casos que marcaron de manera especial a la sociedad mexicana es el ocurrido en la noche del 26 y madrugada del 27 de septiembre de 2014: Ayotzinapa. Estudiantes de la escuela normal rural, Raúl Isidro Burgos fueron atacados por agentes desconocidos en la ciudad de Iguala, Guerrero, durante su tránsito hacia la ciudad de México. El resultado: Cuatro estudiantes muertos, varios heridos, cuarenta y tres estudiantes desaparecidos.

El Estado mexicano, en noviembre del mismo año, ofreció una “*verdad histórica*” en voz del entonces Procurador General de la República, Jesús Murillo Karam, diciendo que los responsables de la desaparición e incineración de los cuarenta y tres normalistas fueron miembros del grupo delictivo “*Guerreros Unidos*”. Sin embargo,

el Caso Rodríguez Vera y otros (desaparecidos del Palacio de Justicia) Vs. Colombia. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de noviembre de 2014. Serie C, No. 287, párr. 4

³³ CIDH, *Informe N° 25/98. Casos 11.505, 11.532, 11.541, 11.546, 11.549, 11.569, 11.572, 11.573, 11.583, 11.585, 11.595, 11.652, 11.657, 11.675 y 11.705*, Chile, 7 de abril de 1998, párr. 92.

³⁴ Corte IDH. *Caso Masacres de El Mozote y Lugares aledaños Vs. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de Octubre de 2012. Serie C, No. 252, párr. 331; Corte IDH. *Caso de la Masacre de las Dos Erres Vs. Guatemala*. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2009. Serie C, No. 211, párr. 245.

³⁵ CIDH, *Derecho a la Verdad en América*, OEA/Ser.L/V/II.152, Doc. 2, 23 de agosto de 2014, párr. 11; ONU, *Estudio sobre el derecho a la verdad... cit.*, pág 204, párrafo 42.

³⁶ Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C. No. 4, párr. 181.

en septiembre de 2015³⁷ y en abril de 2016 el Grupo de Interdisciplinario de Expertos Independientes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ofreció dos informes con resultados contrarios e inquietantes: los estudiantes desaparecidos no fueron incinerados en el basurero de Cocula, ni se podía negar la participación de agentes de la policía municipal, estatal y federal, ni de algunos miembros del ejército³⁸. Desde entonces, en México se habla únicamente de versiones de los hechos, pero de pocas certezas. Sólo las calles mudas de la ciudad de Iguala podrían dar testimonio fiel de una verdad que hoy en día sigue sin ser conocida por las víctimas, ni por sus familiares, ni por el pueblo mexicano.

Flagrantes violaciones a los derechos humanos han permanecido por años en el mismo estado que el caso Ayotzinapa: San Fernando, Tamaulipas, en 2010³⁹; Tlatlaya, Estado de México, en 2014⁴⁰; Apatzingán, Michoacán, en 2015⁴¹. Sin certeza sobre lo ocurrido, sin saber el destino de los desaparecidos, sin saber las razones de las ejecuciones, el derecho a la verdad ha sido constantemente desconocido por las autoridades encargadas de esclarecer los hechos. Por el contrario, han favorecido el desconcierto y la confusión al renegar de la intervención de instituciones más confiables, incluidos organismos internacionales, y al impedir el acceso a la información que tienen en su poder.

Para abrazar la justicia y poder alcanzar la reconciliación, es necesario que el estado Mexicano centre sus esfuerzos en esclarecer los hechos violatorios, tanto por vías judiciales como extrajudiciales, de forma que la verdad de lo sucedido sea conocida por las víctimas, sus familiares, y por todos los miembros de la sociedad que exigen una explicación de los hechos.

De esta manera, se estima que en conjunto con los macroprocesos penales para determinar a los máximos responsables de la violencia, el Estado debe implementar medidas de carácter extrajudicial que promuevan el conocimiento de la verdad, facilitando la recuperación de los testimonios de quienes participaron y padecieron el conflicto, con el objetivo de construir una memoria histórica que englobe a la totalidad de los actores, las causas y los beneficiarios de la violencia. Tales medidas extrajudiciales deben ser coadyuvantes en la investigación de graves violaciones a los derechos humanos que se hayan cometido de manera sistemática y generalizada dentro del territorio mexicano, pero de ninguna manera deben sustituir el tratamiento judicial

³⁷ GIEI, Grupo Interdisciplinario de Expertos Independientes, *Informe Ayotzinapa I, Investigación y primeras conclusiones de las desapariciones y homicidios de los normalistas de Ayotzinapa*, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 6 de septiembre de 2015.

³⁸ GIEI, Grupo Interdisciplinario de Expertos Independientes, *Informe Ayotzinapa II, Avances y nuevas conclusiones sobre la investigación, búsqueda y atención a las víctimas*, 24 de abril de 2016.

³⁹ García, Denis A., “Exigen a PGR revisar caso San Fernando”, *El Universal*, Nación, México, 02 de marzo de 2016.

⁴⁰ Redacción, “¿Qué pasó realmente en Tlatlaya? Las versiones de la CNDH y la PGR no coinciden” *Animal Político*, Seguridad, México, 7 de noviembre de 2014

⁴¹ CASTELLANOS, Laura, “Fueron los Federales” *Aristegui Noticias*, México, 19 de abril de 2015.

de los hechos.⁴²En otras palabras, las medidas extrajudiciales deben servir al conocimiento de la verdad, y a la vez deben proporcionar información a los órganos de persecución de delitos para el enjuiciamiento de los máximos responsables, coadyuvando así con el combate a la impunidad⁴³.

La medida extrajudicial que de conformidad con la experiencia internacional es adecuada para garantizar el derecho a la verdad en los términos señalados, es la que propone el establecimiento de una *Comisión para la verdad y la reconciliación en México*.

La implementación de un modelo de justicia transicional para México que contemple la creación de una Comisión de la Verdad y no la utilización de una institución existente – como lo sería la Comisión Nacional de Derechos Humanos, por ejemplo –, encuentra su justificación en la realidad misma que se busca cambiar. Actualmente las instituciones mexicanas se tambalean carentes de credibilidad, legitimidad y aceptación⁴⁴ frente al pueblo que se encuentra ávido de verdad. Contradicciones entre las versiones ofrecidas por organismos oficiales, falta de conclusiones y resultados, investigaciones inconclusas u omisivas, tergiversaciones de los hechos, *verdades* refutables: Esos han sido los resultados que el Estado ha ofrecido. En cambio, con voluntad política y compromiso social, la *Comisión para la verdad y la reconciliación en México* podría generar un terreno fértil para el alcance de la justicia a través del esclarecimiento de lo sucedido.

Así las cosas, cabe recalcar que el establecimiento de una Comisión de la verdad requiere de esos dos elementos: En primer lugar, **voluntad política** para el cambio de paradigma en el tratamiento al problema de las drogas. Ello, mediante el reconocimiento del fracaso de la *guerra contra el narco*, aceptando las heridas provocadas por la violación sistemática a los derechos humanos y asumiendo la necesidad de reparar los daños que produjo dicha cruzada. Sólo con voluntad política será posible hacer que los agentes gubernamentales reconozcan sus errores y opten por implementar un modelo de justicia transicional que haga frente a la ausencia de verdad.

En segundo lugar, el establecimiento de una Comisión de la Verdad requiere de **compromiso social y de un alto grado de interés por parte de las víctimas**, ya que fueron ellas quienes padecieron las graves violaciones a derechos humanos y es sólo con su participación y aceptación que podrá diseñarse una Comisión que responda a sus legítimas exigencias de verdad. Tal participación podrá verificarse a través de la difusión de información acerca de qué es una Comisión de la verdad y cuáles son sus

⁴² Corte IDH. *Caso de la Masacre de La Rochela Vs. Colombia...* cit., párr. 195.

⁴³ ONU, *Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad*, Comisión de Derechos Humanos, E/CN.4/2005/102/Add.1, 08 de febrero de 2005, pág. 6.

⁴⁴ ALCÁNTARA, Liliana, “Falta a la CNDH credibilidad” *El Universal, Nación*, México, viernes 31 de octubre de 2014.

objetivos, sus límites y los procedimientos que utilizará. Con ello despertará en el ánimo popular el deseo de involucrarse en la implementación de una medida en que serán actores fundamentales, pues con sus testimonios, experiencias y memorias construirán, a través de la Comisión, una verdad que, de otra forma, habría caído en el olvido.

Por otra parte, la eficiencia y eficacia de la Comisión dependerá directamente del *mandato* que se establezca para esta⁴⁵. Ello consiste en delimitar su competencia y atribuciones, así como en señalar directrices de actuación para la evaluación de sus labores, garantizando en todo tiempo la libertad y autonomía de sus decisiones. Para la determinación del mandato de la Comisión es necesario definir:

- a) **El periodo de funcionamiento**⁴⁶. Se debe establecer el tiempo de labores de la Comisión, puesto que su actividad no puede ser permanente. Es creada en razón de una situación de violencia excepcional y debe avocarse a responder a esa situación concreta. No obstante, el periodo de funcionamiento que en principio se fije debe ser flexible, pues con el desarrollo de la investigación habrá mayores elementos para establecer de forma definitiva la temporalidad de su actuación.
- b) **Forma de establecimiento/creación**⁴⁷. Deberá analizarse si será el ejecutivo o el legislativo, quien determinará la creación de la Comisión para efectos de garantizar su legitimidad.
- c) **Tipos de infracciones investigadas**⁴⁸. Se debe establecer la materia de investigación de forma general, no de forma limitativa⁴⁹, pues de lo contrario se excluirían del trabajo de la Comisión, a priori, cierto tipo de violaciones que podrían merecer su atención.
- d) **Actividades y atribuciones**⁵⁰. La actividad de la Comisión no debe limitarse a la investigación de los hechos que constituyan violaciones graves a derechos humanos, sino que para alcanzar sus objetivos deberá también realizar investigaciones especializadas en ciertas materias; celebrar audiencias públicas; proteger testigos; imponer sanciones a quienes interfieran con su labor; coordinar su trabajo con las Fiscalías locales y federal para la persecución de delitos; apoyar a testigos y víctimas con atención médica y psicológica; establecer medidas de reparación urgente en ciertos casos; citar autoridades para que ofrezcan declaración; archivar datos y pruebas; proteger información confidencial; difundir

⁴⁵ ONU, *Conjunto de principios actualizado... cit.*, pág. 9, Principio 8.

⁴⁶ ONU, *Instrumentos del Estado de Derecho para Sociedades que han salido de un Conflicto, Comisiones de la verdad*, Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, HR/PUB/06/1, Nueva York, Ginebra, 2006, pág. 8.

⁴⁷ *Ibidem*, pág. 13.

⁴⁸ *Ibidem*, pág. 8.

⁴⁹ ONU, *Conjunto de principios actualizado... cit.*, pág. 9, Principio 8.

⁵⁰ ONU, *Instrumentos del Estado de Derecho para Sociedades que han salido de un Conflicto, Comisiones de la verdad... cit.*, pág. 10 – 12; ONU, ONU, *Conjunto de principios actualizado... cit.*, pág. 9, Principio 8.

la información obtenida y la de su agenda de labores; emitir un informe final; elaborar recomendaciones y seguimiento, entre otras.

Un aspecto importante en la creación de la Comisión, será la elección de sus miembros. En este punto se propone que, para garantizar la imparcialidad en sus resoluciones, la Comisión sea conformada de forma plural. Para ello, es indispensable que se tomen en cuenta propuestas tanto del gobierno, como de organizaciones no gubernamentales, organizaciones internacionales de derechos humanos, especialistas, asociaciones civiles y miembros de la academia que se especialicen en temas de justicia transicional, protección a víctimas y derechos humanos. De la misma forma en que se tome la decisión de establecer la Comisión, debe consultarse a los miembros de la sociedad con especial atención en los grupos más afectados, cuando llegue el momento de elegir a los miembros de la Comisión. Con ello se garantizará, en gran medida, la aceptación de los resultados que ofrezca el trabajo de la Comisión, su informe y sus recomendaciones. En este sentido, no debemos olvidar que las labores de la Comisión requerirán de una gran cantidad de recursos humanos y financieros. Así, el personal que participe en las actividades realizadas por la Comisión deberá estar necesariamente capacitada, ya sea por especialistas nacionales o con apoyo de la comunidad internacional.

Por otra parte, la conformación de la Comisión, en cuanto a sus integrantes y al personal deberá ser realizada desde una perspectiva de género⁵¹, tomando en cuenta la realidad en la que se encuentra México. Ello favorecerá las propias labores de la Comisión, por ejemplo, en la celebración de audiencias o en la toma de testimonios de mujeres que han sido víctimas de violaciones graves de derechos humanos.

El informe final, como principal resultado de la implementación de la Comisión, deberá ser emitido con total imparcialidad y fiabilidad respecto al proceso de investigación realizado. Debido a que la Comisión tiene por objeto promover la construcción de una memoria histórica, es indispensable acercar el informe a la mayor cantidad de personas, con especial atención a los sectores de la población que padecieron la violencia en carne propia. Por ende, el informe debe difundirse por todos los medios de comunicación existentes en todo el país.

Además, siendo México un país multicultural, con una sociedad plural y sumamente diversa, la versión original del informe final deberá contar con versiones resumidas y accesibles para todos los sectores de la población (por ejemplo niños y personas con discapacidad). De igual forma, Tanto en versión original como en versiones resumidas y accesibles, deberá ser traducido a todos los idiomas que se hablan en el territorio mexicano.

⁵¹ ONU, *Instrumentos del Estado de Derecho para Sociedades que han salido de un Conflicto, Comisiones de la verdad... cit.*, pág. 22.

Con medidas como ésta, el principal objetivo de la Comisión podrá efectivamente cumplirse: La sociedad en su conjunto, sin distinciones de algún tipo, conocerá la verdad de lo ocurrido a lo largo del país, durante los oscuros años de la *guerra contra el narco*. Sabrá qué sucedió con los normalistas de Ayotínapa, con los migrantes de San Fernando, con los ejecutados en Tlatlaya, con los inocentes de Apatzingán. Con un documento público que integre las distintas aristas del problema, desaparecerán las contradicciones e inconsistencias que hoy subsisten entre las distintas versiones de los mismos hechos.

Por último, es preciso destacar que una de las principales funciones que tendrá la Comisión al rendir su informe final, es la posibilidad de emitir *recomendaciones*⁵². Entonces, la Comisión estará facultada para proponer reformas a las instituciones judiciales, legislativas, ejecutivas, o a las leyes del Estado mexicano; formas de reparación de las víctimas; la creación de instituciones especializadas para la prevención de nuevas violaciones graves a derechos humanos; modalidades de sanción a los máximos responsables; destitución de máximos responsables que sean parte del gobierno mexicano; así como los mecanismos adecuados para aplicar sus propias recomendaciones.

De esta manera, la labor de la Comisión que se propone para México, necesariamente tendrá efectos directos sobre la justicia y la reparación de los daños, ya que todas las medidas del modelo deben ser adoptadas para cumplir en conjunto con los fines de la Justicia Transicional. Al respecto, cabe mencionar que conocer la verdad de lo sucedido, enjuiciar a los responsables de las violaciones y repararlas adecuadamente es una tarea imprescindible, si lo que se desea es lograr la anhelada paz y la reconciliación de todos los mexicanos.

La implementación de una Comisión de la Verdad en México que alcance todos los objetivos que se plantean será la primera solución para lograr la justicia y con ello el pleno reconocimiento y respeto a los derechos humanos de cada uno de los habitantes del territorio nacional. La historia nos recalca día a día que la omisión y el olvido son decisiones inaceptables, claro ejemplo de ello fue la Ley de Amnistía para Chiapas⁵³, situación que desde 1994 a la fecha sigue sin encontrar solución. Ahora, la sociedad exige que frente al contexto de violencia y graves violaciones a derechos humanos, la *guerra contra el narco* y las equivocadas acciones del gobierno no sean beneficiadas con el ejemplo del pasado.

Con el establecimiento y adecuado funcionamiento de la *Comisión para la verdad y la reconciliación en México*, el modelo de justicia transicional propuesto permitirá el reconocimiento de las víctimas, el restablecimiento de la confianza en las instituciones,

⁵² ONU, *Instrumentos del Estado de Derecho para sociedades que han salido de un conflicto. Programa de reparaciones... cit.*, pág. 11; ONU, *Instrumentos del Estado de Derecho para Sociedades que han salido de un Conflicto, Comisiones de la verdad... cit.*, pág. 20.

⁵³ Congreso de la Unión, Ley de amnistía, México, 22 de enero de 1994.

la reconciliación y fortalecimiento el Estado de Derecho y su tránsito hacia un pleno Estado Constitucional de Derecho.

2.3. Reparación

Ahora bien, por lo que respecta a la reparación, cabe recordar que se trata de un derecho que existe a favor de las víctimas de violaciones a derechos humanos y de infracciones al derecho internacional humanitario⁵⁴.

En un modelo de Justicia Transicional, las medidas de reparación ocupan un papel destacado ya que son las únicas que se orientan de forma inmediata y específica a las víctimas⁵⁵. Su finalidad es hacer que las víctimas de la violencia se sientan reconocidas, demostrándoles que las violaciones a sus derechos no son inconsecuentes para nadie⁵⁶. Sin embargo, en el caso mexicano resulta ser sumamente complicado que las medidas adoptadas puedan dar ese reconocimiento a todas las víctimas de la violencia, debido al número, al miedo y, muchas veces, a la ignorancia. Por una parte, cifras no oficiales calculaban que hasta 2012 en México cerca de 12 millones de personas habían sufrido los estragos de la *guerra contra el narco*, considerando afectaciones a nivel individual, familiar o colectivo⁵⁷. Por otra parte, los datos con que se cuentan son escasamente una porción de las cifras reales de victimización, pues muchas veces las familias de ejecutados, torturados o desaparecidos, temen a denunciar los hechos por temor a represalias de los grupos criminales, o incluso del mismo gobierno. Asimismo, es común que en diversas zonas del país, las víctimas de violaciones a sus derechos ignoran que tienen derecho a exigir de las instituciones estatales, una reparación adecuada por las afectaciones sufridas en su vida, libertad o integridad.

Para superar tales obstáculos, resulta conveniente que el Estado adopte un programa masivo de reparaciones, caracterizado por responder de manera sistemática y global a las violaciones a los derechos humanos⁵⁸, en lugar la respuesta “caso por caso” que se da en los sistemas ordinarios de atención a víctimas. Sin bien esos sistemas son muy valiosos en periodos de normalidad, en un contexto de transición deben ser complementados con programas masivos de reparaciones que, en atención a los

⁵⁴ ONU, *Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones*, aprobados por la Asamblea General en su resolución A/RES/60/147 durante su LX periodo de sesiones, Nueva York, 16 de diciembre de 2005, principio 11; ONU, *Instrumentos del Estado de Derecho para sociedades que han salido de un conflicto. Programa de reparaciones...* cit. pág. 5

⁵⁵ ONU, *Instrumentos del Estado de Derecho para sociedades que han salido de un conflicto. Programa de reparaciones...* cit., pág. 3

⁵⁶ De Greiff, Pablo, *op. cit.*, pág. 35.

⁵⁷ Olivares Alonso, Emir, “La guerra de Calderón contra el narco, causa del alza en la violencia y homicidios”, *La Jornada*, Sección Política, México, 5 de febrero de 2013.

⁵⁸ ONU, *Instrumentos del Estado de Derecho para sociedades que han salido de un conflicto. Programa de reparaciones...* cit., pág. 10

patrones generales de victimización, puedan responder a las necesidades de categorías de víctimas. No se trata, pues, de procesar situaciones concretas para otorgar resultados individuales, a partir de la instancia de los afectados. Se trata de proponer mecanismos de reparación a los que las víctimas de violaciones a derechos humanos puedan adscribirse, a partir de la acción pronta⁵⁹ y oficiosa del Estado⁶⁰.

El objetivo es adoptar un programa que permita llegar a categorías más amplias de víctimas, en respuesta a la mayor cantidad de violaciones y con una gran diversidad de medidas⁶¹. Ello, de forma que se muestre a las personas que el Estado tiene interés en respetar su dignidad y en restablecer el sistema de normas esenciales que fue infringido por el régimen de violencia, situación que solo será posible a través de una visión de macrovictimización que reafirme la validez de las normas infringidas⁶² y que permita demostrar que los abusos del pasado son intolerables. Sólo así quedará claro que las violaciones sufridas no deben quedar en el olvido.

Por tales motivos, el Estado debe consultar a la sociedad civil y a las víctimas de la violencia al adoptar el programa de reparación, garantizando que el programa sea diseñado teniendo en cuenta a las personas a quienes está dirigido⁶³. Dicha participación será relevante en cuanto permite determinar cómo se llegará a todas las víctimas, cuáles serán las violaciones que serán objeto de reparación y cuáles serán los beneficios que se otorgarán a cada una de ellas⁶⁴.

Al respecto, México trató de dar algunos resultados positivos con la promulgación de la Ley General de Víctimas. Dicha Ley fue elaborada en 2012 por los legisladores, en colaboración cercana con las organizaciones del Movimiento por la Paz con Justicia y Dignidad, y fue la respuesta institucional a los altos índices de victimización provocada por la *guerra contra el narco*. Tras su aprobación, fue aplaudida por múltiples organizaciones de víctimas, activistas y políticos⁶⁵, pues recogía las demandas ciudadanas y planteaba la conjunción de diversas medidas como respuesta adecuada a las violaciones cometidas. No obstante, la amplia participación inicial de las organizaciones de víctimas ha sido opacada por la ineficacia de sus procedimientos y

⁵⁹ ONU, *Principios y directrices básicos... cit.*, principio 15.

⁶⁰ Corte IDH. *Caso de la Masacre de La Rochela... cit.*, párr. 220

⁶¹ ONU, *Instrumentos del Estado de Derecho para sociedades que han salido de un conflicto. Programa de reparaciones... cit.*, pág. 15, 19, 22.

⁶² *Ibidem*, pág. 7, 10, 26, 27.

⁶³ CIDH. *Lineamientos principales para una política integral de reparaciones*. OEA/Ser/L/V/II.131 Doc. 1, 19 de febrero de 2008, párr.2; CIDH, *Las Mujeres frente a la Violencia y la Discriminación Derivadas del Conflicto Armado en Colombia*, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 67, 18 de octubre de 2006, recomendación 63; García Sayán, Diego, *Voto Concurrente en el Caso Masacres de El Mozote y Lugares aledaños Vs. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de Octubre de 2012. Serie C, No. 252, párr. 33.

⁶⁴ ONU, *Instrumentos del Estado de Derecho para sociedades que han salido de un conflicto. Programa de reparaciones... cit.*, pág. 15 – 21.

⁶⁵ Turati, Marcela, “Ley General de Víctimas: ¿Bálsamo o Mascarada?”, *Revista Proceso*, Reportaje Especial, México, 9 de mayo de 2012.

por las acres críticas que realizan frecuentemente los familiares de las víctimas, quienes padecen los obstáculos burocráticos en el trámite de sus solicitudes⁶⁶.

Si bien la Ley General de Víctimas adoptó un concepto amplio de reparación, en la práctica ha sido incapaz de hacerlo realidad pues no fue diseñada para hacer frente a violaciones sistemáticas a Derechos Humanos. Debido a ello, el inicio del procedimiento depende la instancia de los afectados y requiere de un trámite largo y desgastante, cuando, para reparar adecuadamente violaciones de esta naturaleza, requeriría de procedimientos ágiles y de la acción oficiosa de las autoridades correspondientes.

Bastan dos ejemplos para demostrar las deficiencias del sistema vigente: Por una parte, el acceso a indemnizaciones del Fondo de Ayuda, Asistencia y Reparación Integral ha sido prácticamente nulo, pues desde la creación del sistema, hasta 2016, menos de 130 personas recibieron la ayuda económica que les correspondía en su calidad de víctimas⁶⁷. Asimismo, otras tantas víctimas de violaciones a sus derechos humanos, como los familiares de los 43 normalistas de Ayotzinapa, un año después de los hechos no habían sido beneficiarios de ninguna medida de reparación porque, pese a existir el sistema, “todavía no lo habían pedido”⁶⁸. En suma, el mecanismo de reparación que hoy existe en México no es suficiente para resolver los problemas de un largo periodo de violencia organizada.

Ante esta situación, es indispensable adoptar un programa de reparación que, reconstruido con amplia participación de la sociedad, supere los defectos del actual sistema de atención a víctimas. En este sentido, debe implementarse un programa que llegue efectivamente a todas las víctimas de la *guerra contra el narco*, respondiendo de manera sistemática a las graves violaciones que éstas sufrieron con base en el concepto de reparación integral⁶⁹, el cual incluye medidas de restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición⁷⁰.

Para la Justicia Transicional, la reparación integral de las violaciones cometidas es un elemento esencial, ya que en este contexto permite restablecer las relaciones de confianza entre los miembros de la sociedad y busca evitar la repetición de las

⁶⁶ Robles Rosa, Leticia, “Ley de Víctimas se ahoga en el fracaso”, *Excelsior*, Sección Nacional, México, 14 de marzo de 2016.

⁶⁷ García, Dennis A., “Ley, viacrucis en la justicia de las víctimas: CEAV”, *El Universal*, Sección Sociedad, México, 14 de marzo de 2016; Roldán, Nayeli, “Huérfanos y viudas sin indemnización; Ley de Víctimas obstruye la reparación del daño”, *Animal Político*, Sección Nacional, México, 8 de enero de 2016.

⁶⁸ Redacción, “Padres de los 43 no han pedido reparación de daños: Comisión de Atención a Víctimas”, *Animal Político*, Sección Nacional, México, 23 de diciembre de 2015.

⁶⁹ Corte IDH. *Caso de las Masacres de Ituango Vs. Colombia*. Sentencia de 1 de julio de 2006. Serie C. No. 148, párr. 341, 342.

⁷⁰ Corte IDH. *Caso de la Masacre de La Rochela... cit.*, párr. 221; *Caso Blake Vs. Guatemala*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de enero de 1999, Serie C No 48, párr. 31.

violaciones⁷¹. Pero cabe recordar que a juicio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la reparación integral de una violación a un derecho protegido por la Convención Americana no puede ser reducida sólo al pago de una indemnización⁷². Si bien se acepta que la indemnización es una forma de reparación, y es quizá la principal medida que se puede adoptar en cualquier programa de reparaciones, lo cierto es que debe ir acompañada de otras medidas que no se centren en aspectos puramente económicos. Así, la importancia de otorgar una amplia gama de beneficios con el programa de reparaciones radica en la posibilidad de abarcar a una mayor parte del universo de víctimas, permitiendo responder mejor a los diferentes tipos de daños producidos por una violación determinada.

Adicionalmente, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, al referirse a las reparaciones en contextos de transición, ha establecido que las reparaciones deben tener una vocación transformadora con efecto correctivo y no solo restitutivo, ya que no sería admisible regresar a las víctimas a la misma situación estructural de violencia y discriminación⁷³. Debido a ello es deber del Estado adoptar un programa de reparaciones que se enfoque en los grupos expuestos a mayor riesgo de violaciones a derechos humanos, como lo son las mujeres, los niños y las niñas, los pueblos indígenas, entre otros, para lo cual deben adoptarse medidas diferenciadas en función de las necesidades especiales de cada grupo⁷⁴.

Por tanto, el programa de reparaciones que se adopte en México para hacer frente a los abusos cometidos durante el periodo de violencia, sólo tendrá el efecto deseado cuando sea vinculado adecuadamente con el resto de las medidas del modelo de Justicia Transicional. De lo contrario, la adopción de medidas de reparación podría tener efectos contraproducentes, como traducir al programa en una simple contraprestación a cambio de impunidad (en caso de falta de enjuiciamiento), o en pagos a cambio de ignorar por siempre el paradero de familiares, o bien, a cambio de desconocer las circunstancias en las que se cometieron las violaciones sistemáticas a los derechos humanos. Es así, que la idea de reparación sin justicia ni verdad debe ser erradicada, ya que de lo contrario, parecería únicamente un intento de comprar la aquiescencia de las víctimas⁷⁵.

2.4. La Reforma Institucional

⁷¹ García Sayán, Diego, *Voto Concurrente en el Caso Masacres de El Mozote y Lugares aledaños...* cit., párr. 32

⁷² Corte IDH. *Caso de la Masacre de La Rochela...* cit., párr. 219

⁷³ CIDH. *Verdad, justicia y reparación...* cit., párr. 462; Corte IDH. *Caso González y otras ("Campo Algodonero") Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205, párr. 450.

⁷⁴ CIDH, *Las Mujeres frente a la Violencia...* cit., párr. 1, 236; CIDH, *Lineamientos principales...* cit., párr. 15

⁷⁵ ONU. *Informe del Relator Especial ...* cit., párr.23

La Reforma Institucional, entendida como uno de los componentes fundamentales de todo modelo de Justicia Transicional, ocupa en el caso mexicano un puesto central para restablecer la paz y asegurar la reconciliación. Este componente generalmente descuidado en los modelos de transición tradicionales, comprende todas aquellas medidas que tengan por objeto transformar las estructuras a través de las que se ejerce el poder público, de forma que se logren tres finalidades fundamentales: garantizar la gobernabilidad, impedir la repetición de las violaciones y restablecer la confianza ciudadana en las instituciones oficiales, dotándolas de una legitimidad que antes no tenían.⁷⁶

Este componente favorece entre otras cosas, la modificación de los cuerpos de seguridad del Estado, promueve la investigación de los antecedentes de los servidores públicos, dispone medidas de depuración de personal, y exige mecanismos de rendición de cuentas de los individuos a las instituciones⁷⁷. En otras palabras, un modelo de Justicia Transicional debe abrir las instituciones gubernamentales al escrutinio público, y debe fomentar la desaparición de las prácticas y la remoción de las personas que, en su seno, dieron origen o consintieron las graves violaciones a derechos humanos.

De esta forma, tal y como se puede apreciar, lo que busca el componente de Reforma es que la sociedad vuelva a ver al Estado como el garante principal de los derechos humanos, por lo que necesariamente se requiere que los procesos de reforma partan de la opinión de la población y de las víctimas⁷⁸, de forma que se conozcan y se combatan efectivamente las causas que, desde la oficialidad, permitieron el surgimiento de la violencia.

En vista de lo anterior, la reforma institucional se torna un componente indispensable de cualquier modelo de justicia transicional que se adopte en México, pues bien es sabido que una de las principales causas de la violencia fue precisamente la colusión de agentes estatales de todos los niveles de gobierno con elementos de los grupos criminales. Desde las policías municipales en gran parte del país, hasta altos funcionarios de los organismos de inteligencia del Estado han sido vinculados con los cárteles de la droga, lo que revela no solo el terrible grado de descomposición de las corporaciones de seguridad en México, sino que también revela la necesidad de transformar todas las instituciones del gobierno para hacer respetar el orden jurídico.

De no hacerse la reforma institucional correspondiente, cualquier intento de esclarecer lo sucedido, de reparar a las víctimas o de juzgar a los responsables no tendría el efecto de evitar la comisión de nuevas violaciones, ya que las corporaciones estatales, aún

⁷⁶ ONU. *El Estado de derecho y la justicia de transición... cit.*, párr. 53, 23; Samper Strouss, Miguel, *Justicia Transicional. Aportes para construir un lenguaje unificado de transición en Colombia*, Ministerio del Interior y de Justicia de la Unión Europea, Bogotá, Mayo de 2011, pág. 13

⁷⁷ Uprimny Yepes, Rodrigo, et. al., *op. cit.*, pág. 99

⁷⁸ ONU. *Informe del Relator Especial... cit.*, párr. 54

faltas de transparencia y sumidas en la corrupción, caerían de nueva cuenta en las manos de las organizaciones criminales.

Una Reforma profunda que enfrente las causas de la descomposición institucional es imprescindible para que todos los esfuerzos transicionales cumplan los objetivos propuestos. De lo contrario, el modelo en su totalidad no pasaría de ser mera extravagancia política.

3. Conclusión

El presente ensayo ha transitado a lo largo de los momentos más aciagos en la historia mexicana del siglo XXI. Ha dado cuenta de una serie de atrocidades cuyo origen se encuentra en la misma fragilidad de las instituciones gubernamentales. Ha revelado los vicios y los defectos de un sistema de justicia desgastado, y ha abundado en críticas hacia las malas decisiones que, durante los últimos años, han colocado a México en el umbral de la guerra.

Pero no sólo eso. El presente ensayo ha sido también un llamado a la esperanza, al proponer un camino hacia la paz, con base en el respeto a los derechos humanos. Es, pues, una propuesta que privilegia el combate a la violencia no a través de la violencia, sino a través de la herramientas que nos ofrece el derecho para hacer justicia.

A manera de esbozo, fueron delineadas esas herramientas que, implementadas adecuadamente, permitirían reconstruir tanto al Estado como a la sociedad mexicana. Cada herramienta responde a un derecho cuya satisfacción es, a la vez, un deber moral, político e histórico, pero sobre todo, jurídico.

Justicia, Verdad y Reparación: son los derechos que asisten a las víctimas de graves violaciones a sus derechos humanos. Su estricto respeto y garantía son el fundamento del éxito de toda iniciativa gubernamental que pretenda superar esta etapa oscura de la vida nacional. La Justicia Transicional es el instrumento a través del cual es posible conjugar tales derechos con la necesidad de paz.

Perdonar y olvidar las atrocidades son los dos primeros pasos hacia la repetición de las violaciones cometidas. Por ende, el modelo propuesto busca dar satisfacción, en la mayor medida de lo posible, a los derechos de las víctimas, que a su vez se convierten en los derechos de una sociedad herida por la violencia. Una sociedad que clama un alto al fuego, que pide a gritos el fin de la excepción, del sitio no declarado, y el retorno de la normalidad.

Es por todo lo anterior que se propone un modelo de Justicia Transicional para México. Actualmente aparece como la vía adecuada para superar la violencia, conservar nuestras libertades y recuperar las que hemos perdido. Es preciso apostar por una alternativa que fortalezca a las personas y sus derechos, no al Estado ni a su

poder represivo; dotarlo de más poder sólo podría acrecentar la violencia. Retomando las palabras del Dr. Pedro Salazar,

“Si nuestro objetivo es alcanzar un modelo de seguridad basado en la inclusión y orientado a la cohesión social en clave democrática, entonces el estado de sitio se presenta como una estrategia netamente equivocada. La ruta de escape para sortear las emergencias criminales no está en la suspensión – de iure o de facto – de los derechos sino, por el contrario, reside en las acciones que apuntalan sus garantías permanentes.”⁷⁹

Bibliografía

1. Libros y artículos de revistas

De Greiff, Pablo, *Algunas reflexiones acerca del desarrollo de la Justicia Transicional*, Anuario de Derechos Humanos, Universidad de Chile, 2011, disponible en <http://bit.ly/291gVv1>, pág. 17 – 39

Josi, Claudia (coord.), *Justicia Transicional en América Latina, Primer Informe del grupo de trabajo “Justicia Transicional”*, Sociedad Latinoamericana para el Derecho Internacional, 2010, disponible en <http://bit.ly/2927huS>

Open Society Justice Initiative, *Atrocidades Innegables, Confrontando crímenes de lesa humanidad en México*, Open Society Foundations, New York, 2016, pág. 14, 15.

Salazar Ugarte, Pedro, *Crítica de la mano dura. Cómo enfrentar la violencia y preservar nuestras libertades*, Editorial Océano, México, 2012

Samper Strouss, Miguel, *Justicia Transicional. Aportes para construir un lenguaje unificado de transición en Colombia*, Ministerio del Interior y de Justicia de la Unión Europea, Bogotá, Mayo de 2011

Sandoval Ballesteros, Netzaí, “La Competencia de la Corte Penal Internacional para conocer de crímenes de guerra y de lesa humanidad en México, en *El cotidiano*, Revista de la Universidad Autónoma Metropolitana, Ciudad de México, No. 172, marzo – abril de 2012, pp. 153-166

Seils, Paul, *Propuesta de criterios de selección y priorización para la ley de Justicia y Paz en Colombia*, International Center for Transitional Justice, Bogotá, 2012

Sersale di Cerisano, Federico, *Justicia transicional en las Américas. El impacto del Sistema Interamericano*, Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Costa Rica, No. 57, 2013, disponible en <http://bit.ly/292ukov>, págs. 115-136.

⁷⁹ Salazar Ugarte, Pedro, *op. cit.*, pág. 162

Uprimny Yepes, Rodrigo, et. al., *Justicia para la paz: Crímenes atroces, derecho a la justicia y paz negociada*, Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia, Bogotá, 2014

Van Zyl, Paul, “Promoviendo la Justicia Transicional en Sociedades Post-conflicto”, en Romero, Mauricio (org.), *Verdad, memoria y reconstrucción: estudios de caso y análisis comparado*, International Center for Transitional Justice, Bogotá, 2008.

2. Informes de organizaciones internacionales

CICR, *¿Cuál es la definición de conflicto armado según el derecho internacional Humanitario?* Documento de opinión, Ginebra, Marzo de 2008.

CIDH. *Verdad, justicia y reparación: Cuarto informe sobre la situación de derechos humanos en Colombia*. OEA/Ser.L/V/II Doc. 49/13, 31 de diciembre de 2013.

CIDH, *Informe N° 25/98. Casos 11.505, 11.532, 11.541, 11.546, 11.549, 11.569, 11.572, 11.573, 11.583, 11.585, 11.595, 11.652, 11.657, 11.675 y 11.705*, Chile, 7 de abril de 1998.

CIDH, *Derecho a la Verdad en América*, OEA/Ser.L/V/II.152, Doc. 2, 23 de agosto de 2014.

CIDH. *Lineamientos principales para una política integral de reparaciones*. OEA/Ser/L/V/II.131 Doc. 1, 19 de febrero de 2008.

CIDH, *Las Mujeres frente a la Violencia y la Discriminación Derivadas del Conflicto Armado en Colombia* OEA/Ser.L/V/II. Doc. 67, 18 de octubre de 2006.

GIEI, Grupo Interdisciplinario de Expertos Independientes, *Informe Ayotzinapa I, Investigación y primeras conclusiones de las desapariciones y homicidios de los normalistas de Ayotzinapa*, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 6 de septiembre de 2015, disponible en <http://bit.ly/1iLSsOQ>

GIEI, Grupo Interdisciplinario de Expertos Independientes, *Informe Ayotzinapa II, Avances y nuevas conclusiones sobre la investigación, búsqueda y atención a las víctimas*, 24 de abril de 2016, disponible en <http://bit.ly/23Wk21O>

ICC, *Strategic Plan June 2012 – 2015*, Office of the Prosecutor, Octubre de 2013.

ONU. *El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos*, Secretaría General, Resolución S/2004/616, 3 de agosto de 2004.

ONU, *Justicia Transicional y los Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, HR/PUB/13/5, Nueva York y Ginebra, 2014

ONU. *Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición*, Pablo de Greiff, Asamblea General, Resolución A/HRC/21/46, 9 de agosto de 2012.

ONU, *Instrumentos del Estado de Derecho para sociedades que han salido de un conflicto. Programa de reparaciones*, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, HR/PUB/08/1, Organización de las Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra, 2008.

ONU. *Instrumentos del Estado de Derecho para sociedades que han salido de un conflicto. Iniciativas de Enjuiciamiento*. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, HR/PUB/06/0, Nueva York y Ginebra, 2006.

ONU, *Instrumentos del Estado de Derecho para Sociedades que han salido de un Conflicto, Comisiones de la verdad*, Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, HR/PUB/06/1, Nueva York, Ginebra, 2006.

ONU, *declaración del Alto Comisionado de la ONU para los Derechos Humanos, Zeid Ra'ad Al Hussein, con motivo de su visita a México, 7 de octubre de 2015*, Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, declaración a medios, 2015.

ONU, *Estudio sobre el derecho a la verdad*, Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, E/CN.4/2006/91.

ONU, *Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad*, Comisión de Derechos Humanos, E/CN.4/2005/102/Add.1, 08 de febrero de 2005.

ONU, *Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones*, aprobados por la Asamblea General en su resolución A/RES/60/147 durante su LX periodo de sesiones, Nueva York, 16 de diciembre de 2005.

3. Casos

Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C. No. 4.

Corte IDH. *Caso Masacres de El Mozote y Lugares aledaños Vs. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de Octubre de 2012. Serie C, No. 252.

Corte IDH. *Caso de la Masacre de las Dos Erres Vs. Guatemala*. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2009. Serie C, No. 211.

Corte IDH, *Caso Bámaca Velasquez Vs. Guatemala*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de febrero de 2002. Serie C, No. 91.

Mac-Gregor Poisot, Eduardo Ferrer, *Voto concurrente en el Caso Rodriguez Vera y otros (desaparecidos del Palacio de Justicia) Vs. Colombia*. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de noviembre de 2014. Serie C, No. 287.

García Sayán, Diego, *Voto Concurrente en el Caso Masacres de El Mozote y Lugares aledaños Vs. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de Octubre de 2012. Serie C, No. 252.

Corte IDH. *Caso Manuel Cepeda Vargas Vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de mayo de 2010. Serie C No. 213.

Corte IDH. *Caso de la Masacre de La Rochela Vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 de mayo de 2007. Serie C, No. 163.

Corte IDH. *Caso Masacres de Río Negro Vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de septiembre de 2012 Serie C No. 250.

Corte IDH. *Caso Contreras y otros Vs. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2011 Serie C No. 232.

Corte IDH, *Caso de la “Masacre de Mapiripán” Vs. Colombia*. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134.

Corte IDH. *Caso de las Masacres de Ituango Vs. Colombia*. Sentencia de 1 de julio de 2006. Serie C. No. 148.

Corte IDH. *Caso Blake Vs. Guatemala*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de enero de 1999, Serie C No 48.

Corte IDH. *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205.

TPIY, The Prosecutor Vs. Dusko Tadic, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, IT-94-1-A, 2 de octubre de 1995.

TPIY, The Prosecutor Vs. Fatmir Limaj, Judgment, IT-03-66-T, 30 de noviembre de 2005.

Corte Constitucional Colombiana. *Instrumentos Jurídicos de Justicia Transicional*. Sentencia C-579/13 de 2013, Magistrado Presidente Jorge Iván Palacio Palacio.

4. Notas periodísticas

Sandoval Ballesteros, Netzaí, “México en guerra”, *Proceso*, México, 2 de febrero 2012, consultado por última vez el 28 de junio de 2016, disponible en <http://bit.ly/29d6CGA>

Proyecto Más de 72, “A 5 años de la masacre en San Fernando, las desapariciones siguen en los caminos de Tamaulipas”, *Animal Político*, Sección Seguridad, México, 7 de abril de 2016, consultado por última vez el 25 de junio de 2016, disponible en <http://bit.ly/1RRSj7x>

García, Denis A., “Exigen a PGR revisar caso San Fernando”, *El Universal*, Nación, México, 02 de marzo de 2016, consultado por última vez el 23 de junio de 2016, disponible en <http://eluni.mx/290THuM>

Redacción, “¿Qué pasó realmente en Tlatlaya? Las versiones de la CNDH y la PGR no coinciden” *Animal Político*, Seguridad, México, 7 de noviembre de 2014, consultado por última vez el 23 de junio de 2016, disponible en <http://bit.ly/1Gxs2rV>

CASTELLANOS, Laura, “Fueron los Federales” *Aristegui Noticias*, México, 19 de abril de 2015, consultado por última vez el 23 de junio de 2016, disponible en <http://bit.ly/1yHOGgw>

ALCÁNTARA, Liliana, “Falta a la CNDH credibilidad” *El Universal*, Nación, México, viernes 31 de octubre de 2014, consultado por última vez el 23 de junio de 2016, <http://eluni.mx/28X69p5>

Olivares Alonso, Emir, “La guerra de Calderón contra el narco, causa del alza en la violencia y homicidios”, *La Jornada*, Sección Política, México, 5 de febrero de 2013, consultado por última vez el 28 de junio de 2016, disponible en <http://bit.ly/1danGMV>

Turati, Marcela, “Ley General de Víctimas: ¿Bálsamo o Mascarada?”, *Revista Proceso*, Reportaje Especial, México, 9 de mayo de 2012, consultado por última vez el 27 de junio de 2016, disponible en <http://bit.ly/28YzB2W>

Robles Rosa, Leticia, “Ley de Víctimas se ahoga en el fracaso”, *Excelsior*, México, Sección Nacional, 14 de marzo de 2016, consultado por última vez el 27 de junio de 2016, disponible en <http://bit.ly/1O9xFQy>

García, Dennis A., “Ley, viacrucis en la justicia de las víctimas: CEAV”, *El Universal*, Sección Sociedad, México, 14 de marzo de 2016, consultado por última vez el 28 de junio de 2016, disponible en <http://eluni.mx/1QSK9i5>

Roldán, Nayeli, “Huérfanos y viudas sin indemnización; Ley de Víctimas obstruye la reparación del daño”, *Animal Político*, Sección Nacional, México, 8 de enero de 2016, consultado por última vez el 27 de junio de 2016, disponible en <http://bit.ly/1Miiyl2>

Redacción, “Padres de los 43 no han pedido reparación de daños: Comisión de Atención a Víctimas”, *Animal Político*, Sección Nacional, México, 23 de diciembre de 2015, consultado por última vez el 27 de junio de 2016, disponible en <http://bit.ly/1J6A8Mr>

LA PRUEBA DE CONTEXTO EN LA JUSTICIA TRANSICIONAL*

Semillero de Derecho procesal
Universidad Nacional de Colombia**

*Carlos Acevedo Pérez, Leonardo Ariza Cifuentes, Diana Bernal Ibáñez,
Mariano Bustamante García, Johan Muñoz Barrantes, Camilo Orguloso Díaz,
Sergio Pulido Jiménez, Oscar Ramírez Vargas, Karen Romero Castañeda,
Carolina Trejos Carvajal*

Director del Semillero: *Gamal Mohammand Atshan R¹*

Resumen

El contexto ha sido utilizado de múltiples formas en el escenario judicial, tanto a nivel nacional como a nivel internacional. Uno de sus usos más polémicos es su uso como prueba. En el marco de la justicia transicional es imperioso que los entes investigativos aporten contextos como prueba y que quien ejerza funciones jurisdiccionales en la Jurisdicción Especial para la Paz, adopte su decisión tomando en cuenta los contextos aportados como prueba en el proceso, en ejercicio de un control de convencionalidad difuso, en aras de proteger los derechos de verdad y justicia, y con ánimo de adoptar

* Artículo inédito. Recibido 02 de septiembre de 2016 – Aprobado el 27 de noviembre 2017.

Para citar el artículo: ACEVEDO PÉREZ, Carlos; ARIZA CIFUENTES, Leonardo; BERNAL IBÁÑEZ, Diana; et al. La prueba de contexto en la justicia transicional. *Revista de Derecho Procesal Contemporáneo – ICDP*. No. 4, Enero – Junio de 2016. Bogotá: Instituto Colombiano de Derecho Procesal. pp. 41-77.

Este artículo es la base de la ponencia presentada por los autores en el XVII Concurso Internacional de Estudiantes de Derecho - Nivel Pregrado, que se realizó en el marco del XXXVII Congreso Colombiano de Derecho Procesal, celebrado del 31 de agosto al 2 de septiembre del 2016, en la ciudad de Medellín.

** Los autores son estudiantes que conforman el grupo de semillero de investigación en Derecho Procesal de la Universidad Nacional de Colombia.

¹ Director del Semillero de Derecho Procesal de la Universidad Nacional de Colombia. Profesor de la materia de Derecho Procesal Civil.

decisiones judiciales justas basadas en la construcción de la verdad de los hechos, siempre que se cumplan con ciertos requisitos procesales y fácticos.

Palabras clave: Justicia transicional, Control de convencionalidad, Contexto, Prueba de contexto y decisiones judiciales justas.

Introducción

El Estado colombiano ha mantenido un conflicto armado interno por más de 50 años con las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC), produciendo miles de víctimas directas e indirectas, inequidad y desigualdad social. Por tal motivo, el gobierno colombiano y dicho grupo se encuentran adelantando una serie de acuerdos para buscar una salida política al conflicto teniendo como eje central a las víctimas en consonancia con las obligaciones internacionales del Estado en materia de derechos humanos. Este proceso se plantea como un verdadero proceso de justicia transicional en la medida que -de acuerdo con los parámetros internacionales- persigue el fin del conflicto, la satisfacción de mínimos de justicia y la garantía de los derechos de las víctimas: verdad, justicia y reparación.

En reiteradas ocasiones, como se verá más adelante, la Corte Constitucional Colombiana, la Corte Suprema de Justicia y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH), han expresado que uno de los mecanismos esenciales de la Justicia Transicional, -para la satisfacción de sus objetivos- es la construcción y análisis de contextos. Así, en el escenario de Justicia y Paz¹, desde la Fiscalía General de la Nación (FGN), se inició la construcción de una nueva forma de investigación de los delitos denominada “priorización”, donde los contextos son fundamentales para la investigación de los delitos de sistema. Así, se ha abierto un amplio debate en torno al uso del contexto en la investigación de los delitos, en el que, con la misma unanimidad con que se defiende el uso del contexto como marco de referencia para la realización de investigaciones, se critica su eventual uso como prueba. Hemos encontrado que todo desarrollo teórico en torno a la aplicación del contexto se ha centrado en su uso como heurística, dejando para la “prueba de contexto” comentarios marginales referentes a su supuesta inconstitucionalidad, sin realizar un estudio exhaustivo, sino limitándose al lugar común de que viola el debido proceso porque no permite la contradicción y defensa, además de la presunción de inocencia imprimiendo en el acusado la carga de probar un hecho negativo (porque aparentemente invierte la carga de la prueba).

La Fiscalía, cuando define contexto y establece sus usos, se limita a enunciar su uso como herramienta de la priorización, dejando después en un comentario tangencial el enunciado de su posible uso como prueba. Igualmente, en sentencia reciente, la Corte

¹ Proceso, regido por la Ley 975 de 2005, a través del cual se diseñó un mecanismo judicial para el sometimiento a la justicia de grupos organizados al margen de la ley, a cambio de beneficios. Fue fruto de negociaciones del Gobierno Nacional con grupos paramilitares y permitió su parcial desmovilización.

Suprema, a pesar de que en un primer momento definió contexto como herramienta de la investigación, luego lo uso para probar la existencia del calificante de un delito.² Por lo anterior, ante la vaguedad y poca rigurosidad con que se ha tratado el tema, la pregunta que pretendemos resolver en el presente trabajo es: ¿cómo comprender y aplicar el contexto como prueba, en el marco de la justicia transicional, como garantía de las obligaciones internacionalmente contraídas por el estado colombiano en materia de derechos humanos?

Entendemos que el contexto, en la justicia transicional, debe ser usado como heurística y como prueba. Como heurística, será utilizado como metodología investigativa que determina el entorno político, social, económico y cultural en medio del cual se cometieron graves violaciones a los derechos humanos. Como prueba, se entenderá como: el relato constituido por las características del entorno político, social, económico y cultural, construido por las declaraciones de las personas que válidamente se sometan al proceso de justicia transicional y su contrastación con la información válidamente aportada por terceros, en virtud del cual se determinará la existencia o inexistencia de hechos, así como la veracidad o falsedad de las declaraciones de los postulados, con el objeto de confirmar una hipótesis fáctica para que quien asuma funciones jurisdiccionales en la jurisdicción especial para la paz (JEP) la tome como base de su decisión.

1. Justicia transicional

En este apartado se analizará: (i) ¿Qué es la justicia transicional?; (ii) ¿qué es la justicia en términos generales? Y a su turno ¿Qué deberes se imponen para que un proceso de justicia transicional sea justo?, y; (iii) a título enunciativo ¿cuáles han sido ejemplos de procesos transicionales distintos al colombiano? Tales como: Tribunales de Núremberg, el Salvador. Sudáfrica y Uruguay.

1.1. Noción de justicia transicional

El concepto de Justicia Transicional ha sido ampliamente discutido, tanto en contexto nacional como internacional. La Corte Constitucional Colombiana lo ha ido perfilando en las sentencias sobre la Ley 975 o Ley de Justicia y Paz (C-370 de 2006, la sentencia C-1199 de 2008), aproximándose a la definición del Secretario General de Naciones Unidas, según la cual se “trata de un sistema o tipo de justicia de características particulares, que aspira a superar una situación de conflicto o postconflicto, haciendo efectivos en el mayor nivel posible, los derechos a la verdad, la justicia y la reparación de las víctimas frente a un pasado de graves y sistemáticas violaciones de los derechos humanos, teniendo como límite la medida de lo que resulte conducente al logro y mantenimiento de la paz social”³. Las características de la anterior definición son reafirmadas en la sentencia C- 579 del 2013, la cual se

² CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de casación penal. SP5831-2016. Magistrado ponente: Luis Antonio Hernández. 4 de mayo de 2016.

³ NACIONES UNIDAS, Consejo de Seguridad, *El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos*, S/2004/616, párr. 26.

pronuncia acerca de la constitucionalidad del Marco Jurídico para la paz (Acto Legislativo 01 de 2012); pero además se refiere al concepto de Justicia de transición, como un conjunto de procesos de transformación social y política profunda, que requieren de diversos mecanismos para superar un pasado colmado de crímenes a gran escala, con el objetivo de alcanzar la justicia y paz.

En la sentencia mencionada anteriormente, la Corte esboza cuatro elementos fundamentales en los que todo proceso de justicia transicional debe estar basado, definidos a partir de la aplicación de los Principios de Joinet (Principios Internacionales Sobre Impunidad y Reparaciones).⁴ El primero de ellos hace referencia al mínimo de *justicia* indicado anteriormente, el cual debe respetar todos los procesos de transición a través de la existencia de un juicio penal junto con la aplicación de otras medidas de verdad, reparación para satisfacer los derechos de las víctimas. Dichos principios han exaltado que el derecho a un recurso justo y eficaz es que la víctima tenga la posibilidad de hacer valer sus derechos, para conseguir, “principalmente que su opresor sea juzgado, obteniendo su reparación”. En ese sentido, se busca el establecimiento de responsabilidad penal o civil del perpetrador para la realización de los derechos de las víctimas.

1.2 ¿Qué es justicia?

Hablar de justicia, sin hacer meta-teoría, es realmente hablar de la injusticia, que es el daño que se le produce en su existencia a alguien, de allí que “(...) a la justicia sólo, en el fondo, la justifica un reclamo: «¡Nosotros existimos!» (...) La injusticia daña la existencia. La justicia por el contrario, cuida de ella: es quien más la tiene en cuenta, y la existencia es lo que más tiene en cuenta.”⁵

Percibimos y somos conscientes de nuestro existir, de nuestra finitud; de allí nuestro impulso a seguir existiendo y a unirnos con otros. La injusticia como daño a la existencia es un acto consciente que reduce el tiempo de existencia, afecta nuestra relación con los otros y frustra nuestros proyectos de vida, es decir, las proyecciones que hemos hecho de nuestro ,de por sí, poco tiempo de existencia.⁶

Hacer justicia, hace alusión a cuidar de la existencia; pero ¿Cómo hacer justicia una vez producido el daño?: declarando, juzgando y reparando el daño causado; restituyendo y consolando a la víctima⁷. Deberes todos de un proceso de justicia transicional justo.

⁴ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-579/13, 2013. En: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/C-579-13.htm>. [Consulta: Domingo, 24 de abril de 2016] PP 14-20

⁵ BILBENY, Norbert. Justicia compasiva. La justicia como cuidado de la existencia. Madrid. Technos. 2015. P15

⁶ Véase: Ibíd. PP 78-100

⁷ “La justicia como cuidado existencial comprende tres funciones básicas: el poder de equilibrar, la sabiduría de igualar y la virtud de consolar” Ibíd. P. 167. Funciones que a su turno representan a: la

1.3 Otros modelos políticos de justicia transicional.

Juicios de nuremberg:

Se trató de una serie de procesos jurisdiccionales emprendidos por las naciones ganadoras de la segunda guerra mundial en 1945. Mediante ellos se juzgó a los integrantes del partido nacional socialista y a sus colaboradores, que hubieran cometido crímenes en el desarrollo de dicha guerra. En ese entonces no existían antecedentes de un enjuiciamiento tan masivo ni tan conmovedor para la conciencia mundial, de hecho, a partir de este se comenzaría a construir lo que hoy conocemos como justicia internacional. Además, es calificado por algunos como el primer proceso de justicia transicional de la historia⁸. Sin embargo, comprendió las exigencias de justicia desde un punto de vista meramente retributivo, es decir, no fue un escenario de ponderación entre la justicia y algún otro valor u objetivo, todo lo contrario, lejos de ponderar, lo que se hizo fue una aplicación certera y ejemplarizante de las sanciones correspondientes (más allá de todas las discusiones en torno a la legalidad de estas). Esto se explica por el sencillo hecho de que la guerra ya había terminado y había terminado con la derrota absoluta de uno de los bandos, lo que hizo innecesaria cualquier tipo de negociación. Fue además el escenario en el que se configuró lo que se denomina como “transiciones punitivas”, según el contenido de la fórmula de transición adoptada, en las que la lógica es que únicamente por medio del castigo de los responsables es posible erigir un orden democrático nuevo, fundado en el respeto de los derechos humanos (como sucedió después en los procesos de Yugoslavia y de Ruanda). Por lo anterior, por el procedimiento de la fórmula de transición adoptada fue un proceso de “Justicia impuesta” (al igual que en Bosnia)⁹.

República de El Salvador:

En el Salvador se vivió un conflicto bélico interno en el que se enfrentaron el ejército gubernamental contra las fuerzas insurgentes del Frente Farabundo Martí para la Liberación Nacional (FMLN). El conflicto armado nunca fue declarado en forma oficial, pero se considera usualmente que se desarrolló entre 1980 y 1992¹⁰. En 1990 las dos partes aceptaron que la ONU oficiara de mediador en el conflicto y se iniciaron conversaciones a fin de encontrar una solución a la guerra. A finales de 1991 la ONU

justicia distributiva; los factores y supuestos de la justicia distributiva, y a la justicia correctiva. Véase: *Ibíd.* PP. 167-183.

⁸ TEITEL, R. *Transitional Genealogy Justice*. Harvard. *Human Rights Journal* No. 16. pp. 69 - 94.

⁹ UPRIMNY, Rodrigo. *Las enseñanzas del análisis comparado: procesos transicionales, formas de justicia transicional y el caso colombiano*. pp. 17 - 45. En: UPRIMNY, Rodrigo; SAFFON, María Paula; BOTERO, Catalina & RESTREPO, Esteban. *Justicia Transicional ¿sin transición?: Verdad justicia y reparación para Colombia*. Bogotá D.C: Dejusticia, 2006. pp. 23 - 33.

¹⁰ FUNDACIÓN ACCIÓN PRO DERECHOS HUMANOS. *Informe de la Comisión de la Verdad para el Salvador*. En: <http://www.derechoshumanos.net/lesahumanidad/informes/elsalvador/informe-de-la-locura-a-la-esperanza.html> [Consulta: 18 de Junio del 2016].

certificó que ambos bandos habían cumplido con sus compromisos y los convocó a la firma de los Acuerdos de Paz de Chapultepec el 16 de enero de 1992 en Ciudad de México, México. Según el contenido de la fórmula de transición adoptada está clasificada dentro de los “perdones compensadores”, donde se trata de compensar el perdón otorgado con medidas de recuperación de la verdad histórica y de reparación de las víctimas. Mientras que en cuanto al proceso se encuentra entre los “perdones recíprocos”, consistente en que cada bando ofrece el perdón a cambio de recibirlo en aras de conseguir la reconciliación nacional¹¹. Sin embargo el balance no es positivo pues a casi dos décadas del fin de la guerra continúan presentes las causas sociales, económicas, políticas e institucionales que la originaron¹². No se reconoció responsabilidad alguna, por las graves violaciones de derechos humanos, los crímenes de guerra y los delitos contra la humanidad. La impunidad, para su exclusivo beneficio, se mantiene después de la firma de la paz entre los bandos armados¹³.

Justicia transicional en Sudáfrica:

Para Rodrigo Uprimny, la transición sudafricana es la experiencia que más se aproxima al ideal de equilibrio entre perdón y justicia.¹⁴ Después de más de cuarenta años de implantación de un sistema de discriminación social, impuesto por los blancos sobre la población negra, en 1991 se desarrollan reformas que desmantelan el Apartheid e inician un proceso de transición entre el racismo previo y la democracia. El esquema instaurado se construyó a partir de la necesidad de perdón, la constitución de una comisión de la verdad y la amnistía parcial de los delitos cometidos durante el Apartheid. Así, los victimarios debían realizar una confesión pública de sus delitos frente a la comisión de amnistías, que le amnistiaba los crímenes mientras se conectaran al delito político, la confesión fuese plena y hubiese proporcionalidad entre la acción violenta y los fines buscados.¹⁵

Sin embargo, el hecho de centrar su atención en la búsqueda de perdón, permitió que se amnistiaran delitos atroces “como torturas, asesinatos y desapariciones”.¹⁶ Igualmente, como lo ha denunciado la ICTJ, veinte años después del inicio del proceso, el gobierno sudafricano aun no escucha el clamor de las víctimas por justicia

¹¹ UPRIMNY, Rodrigo. Op. cit. PP. 23 - 33.

¹² INSTITUTO DE DERECHOS HUMANOS DE LA UNIVERSIDAD CENTROAMERICANA “José Simeón Cañas”. EL SALVADOR: VERDAD, JUSTICIA Y REPARACIÓN Deudas históricas con las víctimas y la sociedad. San Salvador, El Salvador. p. 7.

¹³ *Ibíd.* p. 8

¹⁴ UPRIMNY, Rodrigo. Las enseñanzas del análisis comparado: procesos transicionales, formas de justicia transicional y el caso colombiano. pp. 17 - 45. En: UPRIMNY, Rodrigo; SAFFON, María Paula; BOTERO, Catalina & RESTREPO, Esteban. Justicia Transicional ¿sin transición?: Verdad justicia y reparación para Colombia. Bogotá D.C: Dejusticia, 2006. p. 30

¹⁵ *Ibíd.* Página 30.

¹⁶ *Ibíd.* Página 31.

y reparación.¹⁷ Dicen que “la mayoría de las iniciativas destinadas a conseguir que los crímenes cometidos durante el Apartheid no quedaran impunes han fracasado y, hoy en día, las víctimas siguen organizándose para exigir justicia y reparación”. No ha habido, en la mayoría de los casos, satisfacción alguna del derecho de justicia ante graves violaciones de derechos humanos. Por ejemplo, uno de los crímenes que no fueron investigados ni juzgados, fue el de la existencia de la “máquina de la muerte”, un laboratorio científico donde se construyó una bacteria destinada a asesinar a la población negra sin dejar rastro alguno.¹⁸

Puede verse, entonces, que a pesar de constituir el intento más representativo de pasar de un escenario de violaciones masivas de derechos humanos respetando los derechos a la verdad, la justicia y la reparación, las reparaciones no fueron suficientes y la satisfacción de la verdad, como germen de perdón, terminó propiciando índices intolerables de impunidad.

Justicia transicional en Uruguay:

En 2013, el experto en Justicia Transicional Pablo de Greiff instó a Uruguay a solucionar el “asunto pendiente” que tiene aquel país con relación a las violaciones graves a los derechos humanos cometidas durante la dictadura militar.¹⁹ Lo anterior porque el modelo de Justicia transicional, implementado principalmente por las Leyes 15737 de 1985 y la 15848 de 1984 establecieron un modelo de perdón y olvido respaldado en medidas de reparación.²⁰ La primera, estableció una amnistía automática a los delitos políticos, comunes y militares conexos, cometidos desde 1962²¹. La segunda, que estableció la caducidad en la persecución de los delitos cometidos hasta marzo de 1985 por funcionarios militares y policiales.²² Sin embargo, entre 2000 y 2005 se inició la construcción de un modelo de reconciliación, donde, a través de la

¹⁷ ICTJ. “Ignorando sus demandas de justicia, Sudáfrica fracasa ante las víctimas del Apartheid”. 14 de enero de 2013. En: <https://www.ictj.org/es/news/ignorando-sus-demandas-de-justicia-sudafrica-fracasa-ante-las-victimas-del-apartheid> [Consulta: 20 de junio de 2014]

¹⁸ RODRÍGUEZ, Gina. “Los límites del perdón. Notas sobre la justicia transicional en Sudáfrica, Centroamérica y Colombia”. *Revista Justicia Iuris*. Vol.7 N°2. Julio - diciembre de 2011. Barranquilla, Universidad Autónoma del Caribe. p.57. En: [http://www.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/16DD8FF2C5C1DACB05257B0B0070C84A/\\$FILE/Articulo5.pdf](http://www.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/16DD8FF2C5C1DACB05257B0B0070C84A/$FILE/Articulo5.pdf) [Consulta: 20 de junio de 2016]

¹⁹ OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS. “Justicia Transicional. “Uruguay tiene un capítulo de su pasado reciente aún sin resolver adecuadamente”. Ginebra, 10 de octubre de 2013. En: <http://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=13852&LangID=S> [Consulta: 20 de junio de 2016]

²⁰ GARLAIN PALERMO, Pablo. “El proceso de justicia transicional en Uruguay”. *Revista Verba Iuris*. #32, Julio-diciembre de 2014. Bogotá, Universidad Libre. p. 36. En: <http://www.unilivre.edu.co/verbaiuris/32/el-proceso-de-justicia-transicional-en-uruguay.pdf> [Consulta: 20 de junio de 2016]

²¹ URUGUAY. Asamblea General de Uruguay. Ley 15737 de 1985. Artículo 1.

²² URUGUAY. Asamblea General de Uruguay. Ley 15848 de 1984. Artículo 1.

creación de una Comisión para la Paz, se pretendió buscar la verdad del conflicto y encontrar a las personas desaparecidas.²³ Además, desde 2005 se inició un Modelo de Persecución Penal donde se juzgan las graves violaciones de los derechos humanos sin otorgar beneficio punitivo alguno.²⁴

Se observa que el proceso llevado a cabo en Uruguay no constituye en estricto sentido un proceso de Justicia Transicional. Se trata de un proceso de transición política amnésica sucedido por uno de persecución penal post-dictadura. Primero, se establecieron generosas amnistías y luego, más de veinte años después, se juzgaron las graves violaciones de derechos humanos con el rigor de la justicia penal ordinaria.

Finalmente, de esta parte del trabajo podemos concluir que los anteriores son ejemplos de que no ha habido en el curso de la historia proceso de justicia transicional alguno, entendiendo justicia transicional como aquel proceso en que se sustituye un escenario de violaciones masivas de derechos humanos, por uno de paz, a través de la satisfacción de los derechos a la verdad, la justicia y la reparación, respetando los compromisos internacionales. En los casos vistos se mostró que se trató de justicia posguerra (Núremberg y Uruguay en segundo momento), transiciones políticas amnésicas (Uruguay y en la práctica Sudáfrica) o intentos de justicia transicional fallidos por graves índices de insatisfacción de los derechos de las víctimas (Salvador y Sudáfrica). Por ello, si se logra con lo pretendido -es decir la satisfacción de mínimos ineludibles de verdad, justicia y reparación, además de el juzgamiento de los máximos responsables por las graves violaciones de los derechos humanos- el proceso colombiano será el primer proceso de justicia transicional que logre el objetivo de conseguir la paz, satisfaciendo los derechos de las víctimas y cumpliendo los estándares internacionales.

2. Control de convencionalidad

En este apartado se analizará: (i) ¿Qué es el control de convencionalidad y que tipos de control existen?; (ii) ¿Qué obligaciones impone la convencionalidad?; (iii) ¿cómo se ha aplicado y desarrollado en la historia jurisprudencial de la Corte IDH el control de convencionalidad?; y (iv) la importancia del contexto de un proceso transicional al momento de aplicar la convención con base en el voto razonado de García Sayán.

2.1 Noción

Los Estados americanos que ratificaron la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) contrajeron una serie de obligaciones internacionales en materia de derechos humanos que de buena fe deben cumplirse. La CADH es un tratado multilateral contentivo de principios especiales y de una carta de derechos que deben ser atendidos por los Estados parte del mismo, sin que haya lugar a la justificación de su inobservancia. En virtud de este tratado, nacen obligaciones primordiales con las

²³ GARLAIN PALERMO, Pablo. Op. Cit. p. 38.

²⁴ *Ibidem*.

cuales se busca, principalmente, el respeto y garantía a los derechos humanos (art. 1.1) y *adopción* de todas las medidas institucionales para hacer efectivos dichos derechos allí consagrados²⁵.

La CADH debe ser protegida por las autoridades de cada Estado, así como por los órganos competentes del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, como son la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. De acuerdo con lo anterior, el *control de convencionalidad* –pese a su evolución conceptual– ha sido entendido como “una actividad judicial, de competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de todos los jueces locales de los distintos Estados parte en la Convención Americana, encaminada a la protección y efectividad de los derechos humanos en la región. Dicho control se ejerce tanto sobre las leyes y los enunciados normativos que se profieren en los distintos Estados parte, como sobre los hechos violatorios de los derechos humanos que en ellos acontecen”²⁶. Igualmente, de forma más general, es definido como la “herramienta que permite a los Estados concretar la obligación de garantía de los derechos humanos en el ámbito interno, a través de la verificación de la conformidad de las normas y prácticas nacionales, con la Convención Americana de Derechos Humanos y su jurisprudencia”²⁷.

2.1.1 Clases de control de convencionalidad

El control de convencionalidad presenta dos clases en razón a su doble naturaleza, tanto internacional como nacional. En relación con su naturaleza internacional, existe en control de convencionalidad concentrado, ligado a la función que cumple la Corte IDH en sede internacional, protegiendo la integridad de la CADH respecto a las normas y prácticas emanadas de los Estados. Por otro lado, existe el control de convencionalidad difuso, el cual se encuentra en cabeza de todos los jueces de los Estados parte del tratado, quienes deben velar por el cumplimiento de las obligaciones internacionales de sus respectivos Estados en materia de derechos humanos unido a sus funciones jurisdiccionales.²⁸

2.2 Obligaciones que impone

²⁵ IBÁÑEZ, Juana María (2012). “Control de convencionalidad: precisiones para su aplicación desde la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. Disponible en: <http://www.anuariodh.uchile.cl/index.php/ADH/article/viewFile/20555/21725> [Consulta: 27 de mayo del 2016]

²⁶ QUINCHE, Manuel (2014). *El control de convencionalidad*. Bogotá: Editorial Temis, p. 50.

²⁷ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2015). Cuadernillos de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N°7, p. 2.

²⁸ SUÁREZ, Ingrid (2015). “El control de convencionalidad”. *Control de convencionalidad y autoprecedente interamericano*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, PP. 35.

La Convención Americana debe entenderse no sólo como el articulado del tratado, si no como una totalidad que comprende, a su vez, el preámbulo, todo aquel instrumento que la interprete y todo pronunciamiento que de ella haga la Corte IDH en virtud de su función consultiva y contenciosa²⁹. De acuerdo a lo anterior, al momento de realizar el control de convencionalidad se debe contrastar la norma interna, no sólo con la norma convencional, sino también con aquellos instrumentos adicionales que hacen parte de la Convención. “La Corte elaboró la doctrina del control de convencionalidad, la cual señala que los órganos del Estado en el marco de sus competencias, deben tomar en cuenta la CADH y la interpretación que sobre ésta ha realizado la propia Corte”³⁰. No obstante, respecto de los posibles efectos erga omnes de la jurisprudencia de la Corte IDH se han suscitado debates, de allí que no sea para algunos obligatoria en el marco del control de convencionalidad³¹.³²

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 los tratados de derechos humanos de los cuales es Parte el Estado, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia, como el Ministerio Público, deben tener en cuenta no solamente la Convención Americana y demás instrumentos interamericanos, sino también la interpretación que de estos ha hecho la Corte Interamericana.³³

Así las cosas, la doctrina del control de convencionalidad exige de toda aquella autoridad que ejerza funciones jurisdiccionales e incluso de todos los poderes del

²⁹ O’DONELL, Daniel. “Introducción al Derecho Internacional de los Derechos Humanos”. En: *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Bogotá D.C. Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. 2004. Pp. 27 – 85.

³⁰ STEINER, Christian; URIBE, Patricia. *Convención Americana de Derechos Humanos comentada*. México. Suprema Corte de Justicia de la Nación. 2014. p. 13.

³¹ Para Juan Alonso Tello no existen normas de orden internacional que sustenten la obligatoriedad de la jurisprudencia de la Corte IDH para Estados que no fueron parte en el proceso; de allí que no se comprenda dentro del control de convencionalidad; no obstante, la jurisprudencia de la Corte IDH podrá ser utilizada por los Estados como un Sentido orientador y pauta de interpretación del derecho interno. Véase: ALONSO TELLO, Mendoza Juan. “La doctrina del control de convencionalidad: dificultades inherentes y criterios razonables para su aplicabilidad”. *Prudentia Iuris*, 80, 2015. Buenos Aires. Universidad Católica de Argentina. PP.202-209. En: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/revistas/doctrina-control-convencionalidad-tello.pdf>, [Consulta: 15 de junio de 2016]

³² Para efectos del uso de la CADH y la jurisprudencia de la Corte IDH como criterio orientador en Colombia Véase: QUINCHE, Manuel. (2016), *El control de convencionalidad. como control normativo y no como control simplemente erudito o formal*, p. 671. En: <http://cmjusticiaconstitucional.com/wp-content/uploads/2015/01/8.-Quinche-Ram%C3%ADrez-Manuel-Fernando-El-control-de-convencionalidad.-Como-control-normativo-y-no-como-control-simplemente-erudito-o-formal.pdf>, [Consultado: 21 de junio de 2016]

³³ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de setiembre de 2006. Serie C No. 154, párr. 124.

Estado, especialmente los relacionados con la administración de justicia,³⁴ el ejercicio de dicho control sobre toda actuación de las autoridades estatales, políticas públicas y, sobre todo, respecto las normas jurídicas conforme al DIDH³⁵, realizándolo de oficio de acuerdo a sus competencias y tomando como fundamento no sólo la CADH si no también toda aquella jurisprudencia que la Corte profiera, lo cual garantiza el efecto útil de la Convención, el cumplimiento de las obligaciones de respeto, garantía y adecuación del ordenamiento interno contraídas por los Estados, siendo esto fundamental para el fortalecimiento del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

2.3 Aplicación

La evolución de la jurisprudencia interamericana ha ido precisando los elementos del control de convencionalidad, sus límites y su finalidad, los cuales pueden sintetizarse de la siguiente manera³⁶: i) Tiene la función de verificar la compatibilidad de las normas y demás prácticas internas de los Estados con la CADH, la jurisprudencia de la Corte IDH y los demás tratados interamericanos de los cuales el Estado sea parte; ii) Conciernen a toda autoridad pública en el ámbito de sus competencias en cumplimiento de las obligaciones internacionales; iii) Es un control que debe ser realizado *ex officio* por toda autoridad pública; y iv) Su ejecución puede implicar la supresión de normas contrarias a la CADH o bien su interpretación conforme a la CADH, dependiendo de las facultades de cada autoridad pública.

El control de convencionalidad ha sido aplicado de forma preferente por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en ejercicio de su función jurisdiccional. Ha efectuado dicho control desde el inicio del ejercicio de dicha atribución; sin embargo, el concepto ha venido mencionándose y desarrollándose desde el año 2003. En éste año, la Corte lo utilizó por primera vez en el voto concurrente razonado del juez Sergio García Ramírez dentro del *Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala*, al decir que el Estado debía responder en su totalidad frente a instancias internacionales sin sustraer a algunos de sus órganos, “dejando sus actuaciones fuera del “control de convencionalidad” que trae consigo la jurisdicción de la Corte internacional”³⁷.

³⁴ Alonso Tello Mendoza Juan. “La doctrina del control de convencionalidad: dificultades inherentes y criterios razonables para su aplicabilidad”. *Prudentia Iuris*, 80, 2015. Buenos Aires. Universidad Católica de Argentina, p.200. En: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/revistas/doctrina-control-convencionalidad-tello.pdf>, [Consulta: 15 de junio de 2016]

³⁵ CASTILLO CALLE, Manuel. “El control de convencionalidad: Criterios con base en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. *Justicia*, 26, 2014. PP. 81-107. En: http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0124-74412014000200007, [Consulta: 21 de junio de 2016]

³⁶ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Cuadernillos de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. N°72015. p. 06.

³⁷ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala. Voto concurrente razonado, párr. 27.

Posteriormente, en el año 2006, la Corte IDH establece un punto de partida al dar claridad sobre sus elementos principales en el *Caso Almonacid Arellano y otros vs Chile*. En este fallo la Corte afirmó que cuando un Estado ratifica un tratado debe velar por su cumplimiento, sin alegar que en su derecho interno se encuentran disposiciones contrarias al mismo, por tal razón “el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos.³⁸

Luego de precisar que el control de convencionalidad debe hacerse *ex officio* (2006)³⁹ y en todos los niveles de la administración de justicia (2010)⁴⁰, en el año 2011 la Corte IDH afirmó que dicho control “es función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial”⁴¹. En el mismo sentido, en el año 2014 la Corte afirmó en el *Caso Rochac Hernández y otros vs. El Salvador* que el Estado no podía incumplir ni desconocer sus obligaciones internacionales de investigar, juzgar y sancionar a los responsables de violaciones a los derechos humanos debido a una ley de amnistía y, en tal virtud, dichas obligaciones vinculan a “todos los poderes y órganos estatales en su conjunto, los cuales se encuentran obligados a ejercer un control “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”.

2.4 Voto razonado

El control de convencionalidad y la justicia transicional son conceptos que se limitan y complementan de forma recíproca. Estas dos manifestaciones emanadas de dicha relación se vieron expuestas de manera paradigmática en octubre del año 2012, en el voto concurrente razonado del juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Diego García Sayán.

En dicho voto, García Sayán se separó parcialmente de los precedentes jurisprudenciales de la Corte en relación con el análisis dado a las obligaciones internacionales de los Estados y su correspondencia a las leyes de amnistía, al hacer un razonamiento heterodoxo del cumplimiento de dichas obligaciones en un contexto de justicia transicional en El Salvador. Buscó ponderar la obligación de garantizar justicia

³⁸ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Caso Almonacid Arellano y otros vs Chile, párr. 124.

³⁹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú, párr. 128.

⁴⁰ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México, párr. 225.

⁴¹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Caso Gelman vs. Uruguay, párr. 239.

con la necesidad política de la paz en aras de terminar con un conflicto armado no internacional.

La Corte IDH tenía un precedente rígido respecto a las obligaciones contraídas por los Estados parte de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), y a su control constante a las normas y prácticas de aquellos en los cuales se presentaron graves violaciones a los derechos humanos⁴². Si bien la línea jurisprudencial de la Corte IDH apuntaba a que los Estados deben cumplir de forma irrestricta sus obligaciones internacionales, el contexto en el cual se encuentran algunos países latinoamericanos impone la necesidad de buscar un límite razonable a dichos vínculos jurídicos. Aquella postura emanaba de una interpretación –en gran medida- exegética de la CADH, según la cual éste tratado debe ser aplicado de forma mecánica sin atender las posibilidades reales de los Estados. Sin embargo, la postura controversial de García Sayán parte del hecho que un país como El Salvador, en el cual se vivieron manifestaciones de una violencia generalizada propias de un conflicto armado no internacional, son necesarias algunas medidas en busca de una paz negociada que difieran de las decisiones tomadas en otros países latinoamericanos de propender por la amnistía total, las cuales desconocieron de forma absoluta su vinculatoriedad con la CADH.

En síntesis, en el voto se delineó una argumentación en la cual el control de convencionalidad fuera armonizado con la necesidad de implementar los mecanismos propios de la justicia transicional en un contexto particular de guerra, sin desconocer de forma absoluta las obligaciones internacionales, sino –por el contrario- buscando su efecto útil al ser relativizadas frente a una situación fáctica en la cual las aplicaciones de las normas convencionales deben ser adecuadas de razonablemente. De esta manera, el ejercicio de ponderación dejó como resultado el respeto y la garantía a los derechos a la verdad, justicia y reparación, así como a la paz y a la reconciliación.

2. El contexto

(i) ¿Que es el contexto?; (ii) ¿Cuáles son los usos que se la han dado al contexto en el plano nacional e internacional?; (iii) el uso del contexto como prueba y su importancia para la toma de decisiones judiciales justas y el cumplimiento de las obligaciones internacionales contraídas por el estado colombiano en materia de derechos humanos en el marco de la justicia transicional; para ello se expondrá : (a) algunas nociones generales sobre las pruebas (b) sus principios (c) una definición estipulativa de prueba de contexto (d) la prueba de contexto en el marco de la JEP (e) sus límites (f) sus supuestos procesales y fácticos y (g) sus formas de ser aplicada.

⁴² Ejemplo de ello es la sentencia del Caso Barrios Altos vs Perú (2001). en el sentido de no permitir de ninguna manera que el Estado peruano incumpliera sus obligaciones y así pretender garantizar de forma absoluta los derechos de las víctimas Véase: CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Barrios Altos vs Perú (2001), párr. 41.

3.1 Noción

La necesidad de realizar contextos proviene, desde una perspectiva filosófica, como respuesta a la tendencia posmoderna de entender los hechos a partir de la perspectiva de quien observa. Así, a finales de la década de los 60's del siglo XX, se publicó el que se considera como el “Manifiesto de la Escuela de Cambridge de Historia Intelectual”, considerada por muchos, la Escuela Contextualista⁴³. Allí, se expresa, en resumen, que para la comprensión de una obra de arte, un hecho histórico o un hecho cualquiera, se pueden tomar dos caminos: el que mayoritariamente se defiende, es decir el de la comprensión autónoma de la obra, donde la revisión del contexto es inútil e incluso perjudicial y; la correcta, donde el contexto “político, económico y social” en que se haya construido una obra o desarrollado un hecho, determina su sentido y su significado⁴⁴. Esto quiere decir que son las particularidades del entorno en que se desarrolla un hecho los que determinan su significado y le dan sentido. Desde esta perspectiva, entonces -más allá de centrarse especialmente en el análisis de textos- es esencial el uso de contextos para llenar de significado un hecho.

En el campo jurídico, los contextos tienen especial aplicación en los procesos de justicia transicional. Tal vez no con el concepto mismo de “contexto”, pero si con otros conceptos que lo llenan de contenido y se pueden considerar sus precursores. Tales son: designio común, empresa criminal colectiva, modus operandi, práctica y patrón.⁴⁵

El concepto de designio común proviene del derecho inglés, pero ganó relevancia en la segunda guerra mundial cuando, juzgando a los adeptos al régimen nazi, se derivó responsabilidad penal de probar que el acusado era consciente de que con su conducta había contribuido de alguna manera al holocausto⁴⁶. El de “empresa criminal conjunta” provino de la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, donde se atribuyó responsabilidad penal personal derivada de la comisión de un delito colectivo, a Duško Tadić, partiendo de las debilidades de la doctrina del designio común, diciendo que, un perpetrador puede ser igualmente responsable de una empresa criminal si llevó a cabo un acto que, a pesar de salirse del designio común, “es una consecuencia natural y previsible de hacer efectivo el designio común”.⁴⁷ El de

⁴³ RODRÍGUEZ GÓMEZ, Juan Camilo. “El contexto histórico en perspectiva: hacia su definición conceptual”. *El análisis de contexto en la investigación penal: crítica del trasplante del derecho internacional al derecho interno*. Bogotá. Universidad Externado de Colombia y Ejército Nacional de Colombia. 2015. P. 543.

⁴⁴ SKINNER, Quentin. “Significado y Comprensión en la Historia de las Ideas”. Prismas, Revista de Historia Intelectual. N°4. 2000. PP. 149-191. Página 149.

⁴⁵ BERNAL PULIDO, Carlos. “Problemas teóricos y de derechos fundamentales del uso de análisis de contexto para la investigación penal en el derecho interno colombiano”. *El análisis de contexto en la investigación penal: crítica del trasplante del derecho internacional al derecho interno*. Bogotá. Universidad Externado de Colombia y Ejército Nacional de Colombia. 2015. P. 47.

⁴⁶ *Ibíd.* P. 48.

⁴⁷ *Ibíd.* P. 50.

modus operandi, práctica y patrón, son de gran importancia porque la Corte IDH ha usado contextos para determinarlos y atribuir responsabilidad a los estados ante graves violaciones de derechos humanos.⁴⁸

3.2 Usos

3.2.1 Uso internacional-precedentes del Sistema Internacional Corte Interamericana de Derechos Humanos

La Corte Interamericana por ser un Tribunal Internacional y de protección de derechos humanos, aplica criterios de recepción y valoración de la prueba que son menos rígidos⁴⁹ a los establecidos en los sistemas legales internos, estableciendo que "la incorporación de determinados elementos al acervo probatorio debe ser efectuada prestando particular atención a las circunstancias del caso concreto, y teniendo presentes los límites trazados por el respeto a la seguridad jurídica y al equilibrio procesal de las partes"⁵⁰.

"El procedimiento ante la Corte presenta particularidades y carácter propios por lo cual no le son aplicables, automáticamente, todos los elementos de los procesos ante tribunales internos. Esto, que es vivido en general en los procesos internacionales, lo es más aun en los referentes a la protección de los derechos humanos"⁵¹.

La prueba de contexto como el sustento fáctico necesario para dar aplicación a otra figura de responsabilidad penal, la doctrina del riesgo previsible y evitable: En realidad a raíz del contexto se extrae una omisión más que una acción. Al encontrarse probado el contexto, se está seguro del escenario de violación de los derechos humanos y sumado al hecho evidente de que se perpetró la violación, se puede tener por probado, como es lógico, que el Estado no hizo lo que debía para evitarlo aun frente a la previsibilidad del riesgo de violencia. Solo eso configura una violación de la convención y es sustento suficiente para la condena:

Por primera vez, la Corte IDH examina en *Campo Algodonero vs México* una situación estructural de violencia contra las mujeres basada en su género, esto es, el

⁴⁸ *Ibíd.* P. 52.

⁴⁹ "Los criterios de apreciación de la prueba ante un tribunal internacional de derechos humanos tienen mayor amplitud, pues la determinación de la responsabilidad internacional de un Estado para la violación de derechos de la persona permite al tribunal una mayor flexibilidad en la valoración de la prueba rendida ante el sobre los hechos pertinentes, de acuerdo con las reglas de la lógica y con base en la experiencia" Véase: CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Durand y Ugarte Vs. Perú, sentencia de fondo del 16 de agosto de 2000. Párr. 48.)

⁵⁰ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Cinco Pensionistas Vs. Perú, Sentencia de fondo, reparaciones y costas del 28 de febrero de 2003. Párr. 65.).

⁵¹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Sentencia Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras, sentencia de fondo del 29 de julio de 1988. Párrs. 128, 132 y 133.

tipo de violencia que define el artículo primero de la Convención de Belém do Pará (CBDP). En su sentencia la Corte IDH concluye que los homicidios fueron cometidos “por razones de género”, esto es, constituyen casos de “feminicidio”, y están enmarcados dentro de un contexto de violencia contra las mujeres en Ciudad Juárez. En estos precedentes la CIDH y la Corte IDH han considerado especialmente datos del contexto social de las víctimas y su integración a colectivos o grupos sociales discriminados, para definir el alcance de las obligaciones estatales de respeto, garantía y protección.

No se trata de atribuir responsabilidad estatal frente a cualquier violación de derechos humanos en su jurisdicción. Es deber del Estado adoptar medidas de prevención y protección siempre y cuando, según la Corte, exista conocimiento de una situación de riesgo real e inmediato para un individuo o grupo de individuos determinado, y por la posibilidad razonable de prevenir o evitar ese riesgo⁵².

La Comisión, en otro evento, estableció la responsabilidad de Brasil por no haber adoptado medidas para prevenir los desalojos forzosos violentos emprendidos por ejércitos privados de hacendados que eran expresión de un patrón sistemático de violencia rural tolerado por las autoridades estatales, seguido de un patrón de impunidad en las investigaciones criminales de estos hechos.⁵³

En el caso de la Masacre de Puerto Bello vs. Colombia, 2006⁵⁴ se refiere a la responsabilidad internacional del Estado por la desaparición forzada y ejecución extrajudicial de un grupo de personas de Pueblo Bello por parte de un grupo paramilitar, así como a la falta de investigación y sanción de los responsables de los hechos.

En la zona estaba asignada la Brigada XI en Montería y la Brigada Móvil Número 1, la cual se fundó con el fin de recuperar el orden público después de desmontados los decretos que permitían el fenómeno paramilitar. Lo anterior representó para la Corte un indicio claro de que en el lugar se conocía que había actividad paramilitar que podría afectar a la población civil, "sin embargo, esas medidas no se vieron traducidas en la desactivación concreta y efectiva del riesgo que el propio Estado había contribuido crear"⁵⁵.

La corte determinó que la perpetración de la masacre demuestra *per sé* que Colombia no adoptó las medidas necesarias para evitar dichos crímenes; quedando con ello

⁵² CORTE INTERAMERICANA de DERECHOS HUMANOS. Sentencia Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia, sentencia del 31 de enero de 2006.

⁵³ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Informe 25/09, “Sebastián Camargo Filho”. Brasil. 19 de marzo de 2009.

⁵⁴ Otros casos de la Corte IDH donde se juzga a Colombia con contexto: (19 comerciantes, Mapiripán, Ituango, Pueblo bello y la Rochela Vs. Colombia)

⁵⁵ CORTE INTERAMERICANA de DERECHOS HUMANOS. Sentencia Pueblo Bello vs. Colombia, apartado 126, p. 101

evidenciado que en casos de esta gravedad no es necesario para la Corte establecer con absoluta rigurosidad los hechos, pues se declaró la responsabilidad internacional del Estado Colombiano por la masacre de Pueblo Bello, sin estar realmente probado si de hecho los camiones en que se transportaron los victimarios habían pasado o no por los retenes militares que se encontraban entre Pueblo Bello y San Pedro de Urabá.

En el caso Velásquez Rodríguez contra Honduras la Corte IDH estableció un método a partir del contexto para: 1) probar la existencia de una práctica sistemática desapariciones cumplida o tolerada por el Estado; 2) encuadrar la desaparición en dicho patrón, es decir, la Corte utilizó un marco limitado, esto es, el patrón sistemático de desapariciones como medio de prueba para inferir la desaparición de la víctima. Pero sin usar la palabra contexto sino la de *modus operandi*.⁵⁶

En resumen, el contexto ha sido usado por la Corte IDH para: (i) probar una violación de Derechos Humanos; (ii) determinar la responsabilidad internacional del Estado; (iii) determinar la razonabilidad de una restricción de derechos; (iv) determinar un Patrón sistemático de violaciones; (v) facilitar la comprensión del caso; (vi) determinar la existencia de un crimen de lesa humanidad; (vii) mostrar una problemática específica; (viii) mostrar una problemática en agravio de un grupo o actividad y (ix) para probar una violación de Derechos Humanos.⁵⁷

Corte Penal Internacional

Aquí también se construye y se estudia para determinar el cumplimiento de los elementos objetivos de algunos crímenes, como los de guerra o de lesa humanidad, en orden a fijar su competencia. Se da incluso antes de la investigación, para determinar la importancia del caso, así como para ajustar los métodos de investigación criminal al contexto. Sin embargo, la estructura de la organización requiere de una investigación judicial propiamente dicha en la que se puede tener al contexto como guía, pero nunca como elemento determinante de la responsabilidad penal. Es decir, el contexto en esta sede nunca se concentra en el individuo, sino en la investigación y en los elementos objetivos de los delitos.

3.2.2 Uso interno

Corte Constitucional

La sentencia C-781 de 2012 enmarca la reparación y protección a las víctimas de contextos específicos de conflicto armado, por lo que pone a su disposición todas las

⁵⁶ FAJARDO ARTURO, Luis Andrés. “Estado del arte en materia de derecho internacional de los derechos humanos y contexto”. *El análisis de contexto en la investigación penal: crítica del trasplante del derecho internacional al derecho interno*. Bogotá. Universidad Externado de Colombia y Ejército Nacional de Colombia. 2015. P.310.

⁵⁷ *Ibíd.* P. 308

herramientas de la justicia ordinaria para la garantía y defensa de sus derechos. Razón por la cual sostiene que según el contexto los hechos guardan relación de conexidad suficiente con el conflicto armado, es necesario examinar cada caso concreto, estudio que no debe agotarse en un contexto geográfico sino sociopolítico. La sentencia C-579 de 2013 que analizó la constitucionalidad del Acto Legislativo 1 de 2012, dijo, en torno a la realización de investigaciones en la justicia transicional, que *“la efectividad de la investigación debe tener en cuenta la complejidad de los hechos, la estructura en la cual se posicionan las personas involucradas, el contexto en el que ocurrieron y las líneas lógicas de la investigación formuladas, para alcanzar el resultado del esclarecimiento de la verdad.”*⁵⁸ Señala igualmente que los delitos de lesa humanidad requieren *“un contexto de ejercicio de violencia sistemática o de macrocriminalidad”*⁵⁹ para la determinación de su ocurrencia e incluso su diferenciación con los delitos ordinarios.

A su vez, el uso del contexto centra la investigación, el juzgamiento y la sanción a los máximos responsables a partir de criterios de gravedad y representatividad, macro procesos que girarían en torno a una serie de elementos comunes como el lugar, la forma de comisión y los sujetos activos. El contexto debe responder a un marco de conflicto armado, donde la violencia es generalizada y se presentan violaciones masivas de derechos humanos.

De lo anterior se pueden resumir varios mandatos que son: la reparación integral y especial para las víctimas, el deber de construir contextos para garantizar la verdad histórica de las víctimas y la necesidad de investigar en contexto, para asegurar investigaciones efectivas en la justicia transicional.

Corte Suprema de Justicia (CSJ)

En el año 2008, en Sentencia del 28 de mayo, la CSJ Sala Penal, reprendió a la Fiscalía por no haber tenido en cuenta el contexto en que se realizaron los actos delictivos cometidos por William Carrascal, alias “El Loro”, para realizar las imputaciones. En ese caso, la Fiscalía imputó varios delitos de manera individualizada, cuando, para la Sala Penal, el derecho a la verdad de las víctimas hacía imperioso tener en cuenta el contexto de cada delito y su pormenorizada narración⁶⁰. Por ello, en tal sentencia se ordenó no solo a la Fiscalía, sino también a los tribunales de justicia y paz, la realización de contextos en la imputación y en las sentencias. Desde este momento, en Justicia y Paz, se desarrollan contextos que enmarcan las sentencias dictadas en contra de sus postulados. Se pone en práctica, entonces, el mandato de la ley 975 de 2005, en torno al deber de la justicia de construir la verdad histórica de los hechos.

⁵⁸ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-579 de 2013. expediente D – 9499. Magistrado Ponente. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. 28 de agosto de 2013.

⁵⁹ *Ibíd.*

⁶⁰ FAJARDO ARTURO, Luis Andrés. Op. Cit. P. 297.

Así pues, en sentencia de noviembre de 2015, la sala penal reconoce la atención que la macrocriminalidad tiene en la justicia transicional, razón por la que considera que, para impartir una respuesta judicial capaz de articular todos los frentes delictivos de aparatos organizados y delincuenciales, es necesario un contexto. La ley 1592 de 2012 y el decreto 1069 de 2015 en virtud del deber de esclarecimiento de la verdad, el contexto se entenderá como un marco de referencia de los hechos, por lo cual la Corte lo considera, además, un método de análisis que surge del estudio de los patrones de criminalidad para conocer las causas y los motivos, identificar la estructura y concertar las investigaciones que buscan esclarecer redes de apoyo y la financiación de los grupos ilegales antes mencionados.

Se presenta entonces como una herramienta para la búsqueda de la verdad que, aunque en cabeza de la víctima también le interesa a la sociedad, para determinar de manera precisa la ocurrencia de los hechos, con el fin de exponer las ayudas recibidas y las prácticas utilizadas y así implementar correctivos que garanticen la no repetición de estas conductas punibles. Por lo cual señala el contexto como un objeto de la investigación que no es un medio de acreditación autónomo. Esto, debido a que se entiende el contexto como un propósito que a pesar de que demuestra un conjunto de hechos criminales no permite establecer responsabilidades ya que se conforma de las pruebas legal y válidamente aportadas. De no constituirse con pruebas validas el contexto contendrá una carga ideológica transversal, capaz de distorsionar o hacer menos fiable su aporte, y sobre todo no podrá ser utilizado en otras sentencias contra determinado grupo armado al margen de la ley, cuyos nuevos elementos no crearían la necesidad de otro contexto sino la necesidad de afinar o mejorar el contexto ya elaborado, que está acompañado de las presunciones de acierto y legalidad al haber sido incluidos en otros fallos ejecutoriados.

El patrón de criminalidad, como método inductivo para la construcción de la verdad a partir de casos particulares, según el proceso de selección y priorización, permitirá determinar una línea de conducta criminal que adquiere la condición de premisa mayor frente a los casos no priorizados, que aporta verdad a todos esos procesos. Es decir, como se incrementa la certeza de la verdad del contexto al conocer las especificidades de la conducta punible y el plan y las políticas en que se enmarcó el hecho, respondiendo, en su generalidad, a los demás casos.

Cuando la responsabilidad penal a imputar es individual, el contexto no será prueba, porque denota un conjunto de actuaciones que resulta insuficiente para que de allí derive responsabilidad penal y tampoco releva al ente acusador de acreditar individualmente la responsabilidad penal de quienes estén inmersos en el contexto por tener la carga de la prueba⁶¹.

⁶¹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de casación penal. Sentencia SP16258-2015. Magistrado ponente: José Luis Barceló Camacho. 25 de noviembre de 2015

Sin embargo, en sentencia de mayo de 2016⁶², se encuentra la utilización del contexto como prueba al dar por probado un agravante del tipo penal con base en el contexto de violencia generalizado en la zona.

Admitido el contexto como prueba, en sentencia de diciembre del 2015, La Corte Suprema sostuvo por los permanentes desplazamientos de las comunidades, han sido necesarios los análisis de contexto y la flexibilización de los umbrales probatorios en el daño causado a las víctimas. De ahí que en los procesos penales transicionales, la normatividad sobre la prueba del daño ocasionado establecía especial presunción de existencia de perjuicios a los parientes de primer grado de consanguinidad, sin que esto signifique la eliminación de la prueba que debe acompañar las reclamaciones económicas⁶³.

Fiscalía General de la Nación

Durante los últimos años, se ha desarrollado en Colombia un marco normativo a partir del cual se ha diseñado un nuevo mecanismo de investigación basado en la realización de contextos, dentro del cual se tienen: el Decreto 1069 de 2015; Resolución 1810 de 2012 y la Directiva 001 de 2012.

El Decreto 1069 de 2015, establece que, para las investigaciones y juicios de Justicia y Paz, se deberán construir contextos⁶⁴ y patrones de criminalidad⁶⁵, con el fin de servir a la priorización en la investigación de los delitos más importantes. Se muestra una diferenciación curiosa, ya que, como lo hemos mostrado previamente, los patrones y prácticas son elementos que hacen parte del contexto. Por ello, al observar el artículo 2.2.5.1.2.2.4, donde se muestran los elementos de los patrones de criminalidad, claramente se identifican como elementos del contexto.

Igualmente, la Fiscalía General de la Nación, en cumplimiento de lo ordenado por la Sala Penal de la Corte Suprema, ha empezado a usar contextos para llevar a cabo las investigaciones e incluso para la realización de imputaciones a los postulados al sistema. En desarrollo a esto, ha expedido la Resolución 1810 de 2012, la Directiva 001

⁶² CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de casación penal. SP5831-2016. Magistrado ponente: Luis Antonio Hernández. 4 de mayo de 2016.

⁶³ *Ibíd.*

⁶⁴ El artículo 2.2.5.1.2.2.2 del Decreto 1069 de 2015 define contexto como “*el marco de referencia para el juzgamiento de los delitos perpetrados en el marco del conflicto armado interno, en el cual se deben tener en cuenta aspectos de orden geográfico, político, económico, histórico, social y cultural*», marco de referencia con el que «*se identificará el aparato criminal vinculado con el grupo armado organizado al margen de la ley, sus redes de apoyo y financiación*”.

⁶⁵ El artículo 2.2.5.1.2.2.3 del Decreto 1069 de 2015 define patrones de criminalidad como “*conjunto de actividades criminales, prácticas y modos de actuación criminal que se desarrollan de manera repetida en un determinado territorio y durante un periodo de tiempo determinado, de los cuales se pueden deducir los elementos esenciales de las políticas y planes implementados por el grupo armado organizado al margen de la ley responsable de los mismos*”.

de 2012 y publicó el libro “La Priorización”. Allí expuso los lineamientos básicos de la “nueva estrategia investigativa” que constituye el análisis de contextos, en contraposición con la vieja investigación individual de los delitos.

Por medio de la Resolución 1810 de 2012, la Fiscalía creó la Unidad de Análisis y Contextos, en razón a que la investigación al mismo tiempo y de manera aislada de todos los hechos, *“ha conducido a elevados índices de impunidad”*⁶⁶ en razón a que no es una forma estratégica de administrar los recursos. Así, invocando a la Corte IDH, dice la Fiscalía, priorizar en la investigación de los delitos más importantes no significa el abandono de la obligación estatal de garantizar y proteger los derechos de sus ciudadanos.⁶⁷ Igualmente se pretende responder a los retos que impondrá la Justicia Transicional, en torno a la *“omnicomprensión del fenómeno criminal, soportado sobre el análisis criminal y la construcción de contextos”*.⁶⁸ En resumen, se cambia del anterior método de investigación a uno que permite adelantar *“la indagación de las conductas delictivas no como hechos aislados, sino como el resultado del accionar de organizaciones delictivas dentro de un determinado contexto”*.⁶⁹

La Directiva 001 de 2012, a través de la cual se adoptaron criterios de priorización para la investigación de casos y se creó un *“nuevo sistema de investigación penal”*, definió “contexto”⁷⁰, determinó sus objetivos⁷¹ y expresa que se adoptarán las *“medidas procesales necesarias”* para que los elementos que integran el contexto puedan ser usados como *“material probatorio y evidencia física”* en los casos que sean priorizados.⁷²

De todo lo anterior se evidencia que, si bien se define el contexto como un sistema de investigación penal, su uso no se limita al de servir como marco de referencia para la realización de investigaciones. Puede verse que la Fiscalía admite que el contexto, en la Justicia Transicional, puede ser usado, entre otros, para determinar la responsabilidad de los actores del conflicto y como prueba en los casos priorizados. Incluso, muy dicente es que dentro del Proyecto de reforma del Código de Procedimiento Penal,

⁶⁶ Resolución 1018 de 2012. Considerandos, párrafo 8.

⁶⁷ Resolución 1018 de 2012. Considerandos, párrafo 11.

⁶⁸ Resolución 1810 de 2012. Considerandos, párrafo 13.

⁶⁹ Resolución 1810 de 2012. Considerandos, párrafo 12.

⁷⁰ La Directiva 001 de 2012 definió contexto como: *“marco de referencia contentivo de aspectos esenciales, acerca de elementos de orden geográfico, político, económico, histórico y social, en el cual se han perpetrado delitos por parte de grupos criminales, incluidos aquellos en los que servidores públicos y particulares colaboren con ellos”* (Parte II, párrafo 5)

⁷¹ La Directiva 001 de 2012 estableció como objetivos del contexto: *“i) conocer la verdad de lo sucedido; ii) evitar su repetición; iii) establecer la estructura de la organización delictiva; iv) determinar el grado de responsabilidad de los integrantes del grupo y de sus colaboradores; v) unificar actuaciones al interior de la Fiscalía con el fin de lograr esclarecer patrones de conducta, cadenas de mando fácticas y de iure; y vi) emplear esquemas de doble imputación penal”* (Parte II, párrafo 6)

⁷² Directiva 001 de 2012. Parte II, párrafo 7.

presentado por la Fiscalía en 2015, uno de los artículos incorporaba la prueba de contexto “para el juzgamiento de crímenes de sistema”⁷³.

3.3 uso del contexto como prueba

3.3.1 Nociones generales de prueba

El juez debe tomar su decisión sobre la verdad de los hechos con base en el grado de confirmación de una hipótesis fáctica que le arrojan las pruebas que le son aportadas; de allí que la prueba se defina como el instrumento que utilizan las partes para demostrar la veracidad de sus afirmaciones, y del cual se sirve el juez para decidir respecto a la verdad o falsedad de los enunciados fácticos.⁷⁴ una vez aportada por las partes, esta será la misma sin importar las pretensiones o la intervención de las partes en el proceso: no se modifica en sus características, es autónoma y su relevancia depende del proceso mismo.

3.3.2 Principios de la prueba

En la labor desarrollada por el juez existen principios rectores y generales que brindan herramientas para la interpretación y concreción del Estado Social de Derecho, como máximas en el proceso se encuentra (i) la protección a la dignidad humana, y (ii) El debido proceso constituyendo el eje sobre el que giran los principios generales de la prueba y demás normas rectoras. El debido proceso tiene un ámbito de protección tanto internacional como nacional: (a) en el ámbito internacional se protege entre otros por el artículo 8 de la CADH y por el artículo 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; y (b) en el ámbito nacional se protege en el artículo 29 constitucional.

Para que el juez pude tener en cuenta como prueba un medio de prueba aportado en el proceso, deberá corroborar que este: (i) sea válido, cumpla con (ii) la inmediación, (iii) la contradicción y (iv) la publicidad.

(i) La validez del medio probatorio depende de su legalidad, pertinencia, conducencia y utilidad⁷⁵. (ii) El principio de inmediación obliga a que el mismo juez que practica las pruebas sea quien emita fallo en el proceso, que se familiarice con el hecho que antes le

⁷³ FISCALIA GENERAL DE LA NACIÓN. Presentación conjunta con el Ministerio de Justicia sobre el proyecto de reforma al código de procedimiento penal .2015. <http://www.fiscalia.gov.co/colombia/noticias/destacada/fiscalia-general-de-la-nacion-y-ministerio-de-justicia-presentaron-proyecto-de-reforma-al-codigo-de-procedimiento-penal>. [Consulta: jueves 23 de junio]

⁷⁴ TARRUFO, Michele. *La Prueba, Artículos y conferencias*. Editorial Metropolitana. P. 59. En: <https://letrujil.files.wordpress.com/2012/01/la-prueba-michele-taruffo.pdf>. [Consulta: 24 de junio de 2016].

⁷⁵ Colombia. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-124/11.

era desconocido para así considerar sí ha sido probado. (iii) El derecho de contradicción se materializa a lo largo del proceso, en todas sus etapas, se constituye por cuatro elementos fundamentales 1. El sujeto procesal debe conocer la totalidad de las pruebas traídas por la contraparte, 2. Tener la oportunidad procesal de aportar las pruebas propias, 3. Agotar el conocimiento de cada uno de los medios de prueba 4. Luego de la práctica de las pruebas, que se permita su valoración para elevar las peticiones que corresponda⁷⁶.

3.2.3 Contexto como prueba

I. Definición de la prueba de contexto

Por prueba de contexto entenderemos: el relato constituido por las características del entorno político, social, económico y cultural, construido por las declaraciones de las personas que válidamente se sometan al proceso de justicia transicional y su contrastación con la información válidamente aportada por terceros, en virtud del cual se determinará la existencia o inexistencia de hechos, así como la veracidad o falsedad de las declaraciones de los postulados, con el objeto de confirmar una hipótesis fáctica para que quien asuma funciones jurisdiccionales en la JEP la tome como base de su decisión.

Análisis concreto

II. Prueba de contexto en la jurisdicción especial para la paz

El modelo de justicia transicional propuesto por el estado colombiano en los diálogos que se adelantan con el grupo armado de las “FARC” ha establecido un mecanismo para el fin del conflicto: el SIVJRNR (sistema integral de verdad, justicia, reparación y no repetición) dentro del acuerdo quinto de la Habana⁷⁷. En este se diseñaron dos procesos para determinar la responsabilidad individual a los actores armados dentro del conflicto: (i) Cuando se parte del reconocimiento que los actores realicen de los hechos que configuren responsabilidad, dentro de dicho modelo de confesión se determinan penas no superiores a 8 años, con una medida alternativa de seguridad. (ii) cuando no parte de la confesión plena de los delitos, es producto de una investigación que busca que el actor armado responda por una conducta que no fue objeto de confesión, que determina como consecuencia en caso de ser encontrado culpable dentro del proceso a una pena de prisión (Cárcel) y no alternativa, no superior a 20 años.

⁷⁶ Colombia. Congreso de la República. Ley 906 de 2004, Art 16.

⁷⁷ MESA DE CONVERSACIONES: HABANA CUBA. Borrador conjunto: 5. Acuerdo sobre las Víctimas del Conflicto: “Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición”, incluyendo la Jurisdicción Especial para la Paz; y Compromiso sobre Derechos Humanos. Cuba., 2015.

La estructura propia del sistema se basa en una delimitación de funciones de los órganos que la componen, aunque pese a esta división existen diferentes elementos en los que no hay precisión conceptual de su organización, existen tres grandes organismos, (i) la unidad especial para la búsqueda de las personas dadas por desaparecidas en el contexto y en razón del conflicto; (ii) se refiere a la comisión para el esclarecimiento de la verdad, la convivencia y la no repetición, que tiene una serie de funciones que no tienen ningún carácter judicial, ni puede llegar a implicar una imputación penal de quienes comparezcan a ellas, igualmente no puede haber ningún tipo de traslado a autoridades judiciales con el fin de atribuir responsabilidad en procesos judiciales; y (iii) el tribunal para la paz.

El tribunal especial para la paz cuenta dentro de su estructura con cinco secciones, (a) la de revisión, (b) la de apelación; (c) la de estabilidad y eficacia; (d) sección de primera instancia para los casos de ausencia de reconocimiento de responsabilidad y (e) Sección de primera instancia para los casos donde haya lugar al reconocimiento de responsabilidad.

El tribunal también se compone de: a) la secretaria general; b) sala de amnistías e indultos; c) sala de definiciones jurídicas; d) la unidad de investigación y acusación y e) la Sala de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas (SRVR) que tiene como objetivo recibir toda la información y los reconocimientos de responsabilidad e identificar los casos más graves y representativos, sin que su competencia se limite a ellos. Luego del proceso de recolección, contrastar y cotejar⁷⁸.

III. Límites

El uso de la prueba de contexto en la JEP en su uso como base de la decisión judicial deberá cumplir con ciertos límites, tales como: (i) el respeto de la presunción de inocencia; (ii) la inmediación de la prueba, y (iii) los estándares probatorios.

IV. Contexto-presunción de inocencia

La presunción de inocencia es una garantía integrante del derecho fundamental al debido proceso. que tiene sustento normativo en (i) el artículo 29 de la Constitución, al tenor del cual “toda persona se presume inocente mientras no se le haya declarado judicialmente culpable”⁷⁹ (ii) El artículo 8 de la CADH que establece que “toda persona inculpada del delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no

⁷⁸ Para las funciones de la SRVR véase: ALTO COMISIONADO PARA LA PAZ, ABC jurisdicción especial para la paz, 2016. En: <http://www.altocomisionadoparalapaz.gov.co/Documents/informes-especiales/abc-del-proceso-de-paz/abc-jurisdiccion-especial-paz.html> [Consulta: Viernes, 20 de Mayo de 2016]

⁷⁹ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-289-12.

se establezca legalmente su culpabilidad”⁸⁰ Como consecuencia, solo hasta el momento en el cual haya fallo condenatorio, el sujeto se considera libre de toda responsabilidad. La presunción de inocencia tiene como principal propósito que la carga de la prueba se mantenga en cabeza del ente investigativo siempre y en todo momento (principio *onus probandi incumbit actori*) al procesado no se le exige en ningún caso actividad alguna para probar su inocencia. Solo con la inclusión de pruebas que respeten las exigencias legales en su producción y que brinden suficiente conocimiento al juez, más allá de toda duda razonable, se puede desvirtuar la presunción.

La configuración del contexto en su uso como prueba, en relación con el principio de inocencia tiene como punto neurálgico la posibilidad de que se someta al sujeto a demostrar su inocencia, sin embargo bajo los parámetros de justicia transicional, habrá que tenerse en cuenta que la obligación central para la protección de los derechos fundamentales de los sujetos procesados, es garantizar que el ente investigativo funde sus pretensiones sobre elementos verídicos y ciertos, valoración que le corresponde al juez en ejercicio de la sana crítica: En tanto al sujeto involucrado se le permita agotar su conocimiento, aportar sus pruebas y hacer una valoración en conjunto, garantizando el principio de contradicción, el escenario que se presenta no obliga al involucrado a demostrar su inocencia, al igual que en el procedimiento penal vigente (Ley 906 de 2004) estará en manos del juez definir si es suficiente concluir la responsabilidad a partir de las pruebas traídas al proceso.

La conformación del contexto debe fundarse en el cumplimiento de las garantías procesales para su contradicción y su valoración, sin que genere de forma directa un juicio de culpabilidad.

V. Contexto- principio de inmediación

La configuración de un criterio para emitir fallo es un ejercicio racional propio del juez que no puede ser limitado ni supuesto con anterioridad, por lo que el acercamiento que este haga a los hechos en controversia, se deberá hacer por sus sensaciones, sentidos y facultades individuales. En tanto el medio probatorio no se traiga al proceso para ser producido como prueba “en forma pública, oral, concentrada, y sujeta a confrontación y contradicción ante el juez de conocimiento”⁸¹ no puede ser tenido en cuenta.

Para considerar la creación de una prueba, se necesita la recolección de los elementos que la configuran. El contexto sufre de un agravio mayor respecto de su creación al ser considerado como la unión de múltiples aspectos circunstanciales dependientes uno del otro y que para el Proceso de Justicia transicional diseñado para Colombia, solo pueden ser recolectados en el testimonio de los sujetos involucrados tales como los postulados, las víctimas o los terceros interesados. Cada uno de los actores se someterá a contar su participación de los hechos ante la autoridad revestida para dicho fin, quien teniendo en cuenta la participación de todos los demás, hará un ejercicio de

⁸⁰ ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS, Convención Americana de Derechos Humanos. 1969

⁸¹ Colombia. Congreso de la República. Ley 906 de 2004, Art 16

contrastación. El resultado obtenido de la contrastación será la base que configure el contexto como medio probatorio.

En el establecimiento de un proceso en concreto, el ente investigador debe contar con la posibilidad de llevar al juez el Contexto para que, en presencia del investigado citado por las conjeturas que en su contra arroja el contexto, el juez pueda valorar y contemplar en su totalidad la información traída al proceso.

La creación de un contexto es asimilable a la recolección de elementos para cualquier otro medio probatorio, con la garantía de que la fuente que sirve para considerarlo ha sido sometida anteriormente al rigor de un proceso penal, obtenido de forma directa por los involucrados y contrastada con todos los participantes del hecho.

No se vulnera el principio de inmediación de las pruebas toda vez que el contexto se aporta y practica como prueba ante las secciones de primera instancia en los casos de declaración de responsabilidad y la de ausencia de responsabilidad, a su turno los elementos que constituyen el contexto serán recolectados por órganos especiales de la jurisdicción, para el proceso de JEP será la SRVR.

VI. El contexto- estándares probatorios

"Nunca un conjunto de elementos de juicio, por grande y relevante que éste sea, permitirá adquirir certezas racionales sobre la verdad de una hipótesis (...) Ahora bien, en la conclusión escéptica hay una cierta exageración. Como ya advirtiera también Popper, debemos distinguir cuidadosamente entre el hecho de que no podamos alcanzar certezas acerca de ninguna hipótesis (positiva) y el hecho de que no podamos tener razones para preferir una hipótesis explicativa respecto de otra. No todas las hipótesis fácticas tendrían, pues, el mismo grado de fundamentación o corroboración".⁸² De esta manera quien administre justicia en desarrollo de funciones jurisdiccionales deberá adoptar su decisión con base en el grado de confirmación que aporten los medios de prueba a una determinada hipótesis.

Inferencias probatorias: en el primer nivel se encuentran los enunciados que describen los hechos principales, en el segundo nivel los enunciados que hacen alusión a hechos secundarios que permiten inferir la existencia de los hechos principales, en el tercer nivel se encuentran los enunciados que resultan de las pruebas practicadas en juicio, y en el cuarto nivel "las circunstancias de las que se pueden extraer inferencias relativas a la credibilidad o a la fiabilidad de los enunciados que están en el tercer nivel (referidas, por ejemplo, a la credibilidad de un testigo o a la autenticidad de un documento)".⁸³

Grado de confirmación de un enunciado: "resulta de inferencias lógicas que toman en cuenta la cantidad y la calidad de las pruebas disponibles respecto de un determinado

⁸² FERRER BELTRAN, Jordi. "Los estándares de prueba en el proceso penal español". *Universidad de Girona*. P.1. En: www.uv.es/cefd/15/ferrer.pdf [Consultado: 20 de mayo de 2016]

⁸³ TARUFFO, Michele. *Simplemente la verdad. El juez y la reconstrucción de los hechos*. Madrid, España. Marcial Pons. 2010. PP. 233-234.

enunciado, su grado de confiabilidad y su coherencia".⁸⁴ La confiabilidad de una prueba respecto de una hipótesis se da por la validez de las reglas de generalización; bien si se usan reglas de orden científico, o bien reglas de la experiencia que pueden a su turno: (i) corresponder a leyes científicas de carácter universal, que se presentan vulgarizadas; (ii) ser generalizaciones no universales, pero con un alto grado de probabilidad; (iii) aparecer como la normalidad de los acontecimientos o conductas pero que no tienen carácter universal ni cuasi-universal, y (iv) corresponder a generalizaciones espurias, a prejuicios.⁸⁵

Respecto de los grados de confirmación de las hipótesis se puede tener que: (i) la hipótesis no ha obtenido ninguna confirmación; (ii) la hipótesis ha obtenido una confirmación débil; (iii) la hipótesis ha obtenido una confirmación fuerte; (iv) la falsedad de la hipótesis no ha obtenido ninguna confirmación; (v) la falsedad de la hipótesis ha obtenido una confirmación débil, y (vi) la falsedad de la hipótesis ha obtenido una confirmación fuerte.⁸⁶

Los estándares de prueba: versan sobre el grado de confirmación, de probabilidad lógica, que requiere una hipótesis para que en esta se base la decisión judicial. En el derecho penal ordinario el estándar de prueba es un tanto ambiguo por su formulación de "más allá de toda duda razonable" hace alusión a que la hipótesis que conduzca a la declaración de la responsabilidad penal de un acusado y la imposición de la pena respectiva haya obtenido con base en el material probatoria aportado en el proceso un grado de confirmación fuerte; con base en el número de pruebas y su calidad, su fiabilidad y su coherencia.

De esta manera el contexto usado como prueba en el proceso que se surta en la JEP aporta de la mano de su contradicción a la coherencia de las demás pruebas y de las decisiones de los demás procesados o beneficiados por la presunta declaración plena de la verdad. A su vez; en el marco de la justicia transicional y por los fines, consideramos que se puede aplicar sin violar la presunción de inocencia y aportando en ciertos eventos a un grado de confirmación alto de la hipótesis fáctica.

VI. Supuestos procedimentales

La sala de reconocimiento de verdad y responsabilidad y de determinación de los hechos y conductas, por las facultades que le ha otorgado los acuerdos y la estructura del SIVJRNPN, tiene el deber de construir el contexto, deberá recepcionar las participaciones de los actores armados dentro del proceso que mediante su exposición presenten los diferentes hechos constitutivos de contextos, y constatar así como cotejar la información que tiene y puede recepcionar la sala, con el fin de obtener como resultado un contexto formado dentro de la jurisdicción. Este contexto formado será usado dentro del proceso en las secciones de primera instancia como prueba y

⁸⁴ *Ibíd.* P. 248.

⁸⁵ *Ibíd.* P. 238.

⁸⁶ *Ibíd.* P. 246.

todas las etapas procesales que concurren hasta que la decisión haga tránsito a cosa juzgada.

VII. Supuestos fácticos

Toda vez que el juez no puede llegar a una certeza absoluta de los hechos, este debe fallar conforme al grado de confirmación que le arrojan los medios de prueba respecto de una hipótesis fáctica. En este apartado buscamos demostrar como el uso del contexto como prueba permite obtener un grado de confirmación fuerte de la hipótesis fáctica mediante el análisis de la cantidad y calidad, la confiabilidad y la coherencia de las pruebas en el proceso; de allí que pueda ser base de la asunción de responsabilidad en el campo de la justicia transicional.

(i) Supuesto factico donde hay más pruebas que la prueba de contexto

Si hay más de una prueba y esta es coherente, tendrá un grado de confirmación fuerte la hipótesis, si hay más de una prueba y no son coherentes entre si la confirmación de la hipótesis es débil, siempre que la regla de experiencia sea espuria o un prejuicio la confirmación será débil.

(ii) Para el análisis donde solo se tiene la prueba de contexto, tendremos un sola prueba, tendremos un menor grado de confirmación de la hipótesis que en los eventos donde hay más de un medio de prueba que confirmen la hipótesis, respecto a la confiabilidad habrá una confirmación fuerte cuando se aplique una prueba universal o cuasi universal; una confirmación débil cuando sea una regla basada en la normalidad de los hechos y las conductas que no sea ninguna de las anteriores (universal o cuasi universal), no hará ninguna confirmación de la hipótesis cuando se base en una regla de la experiencia espuria (un prejuicio). Frente a la coherencia encontramos tres posibles escenarios, el juez deberá analizar aquellos elementos⁸⁷ que componen el contexto que le es presentado como prueba, de allí que: (a) si, se compone de un gran número de elementos y el contexto tiene una coherencia interna, tendrá un grado de confirmación fuerte; (b) sí se compone de pocos elementos y el contexto es coherente internamente el grado de confirmación es débil; (c) sí el contexto internamente no es coherente no habrá ningún grado de confirmación de la hipótesis presentada por la SRVR. Para efectos de la decisión sobre la responsabilidad de los postulados se tendrá que, si se utiliza una regla de la experiencia de carácter universal o cuasi-universal y tenemos igualmente la coherencia del contexto, sin importar si se compone o no de varios elementos se entenderá que el grado de confirmación es fuerte.

VIII. Consecuencias

Con base en los presupuestos procedimentales y facticos anteriormente reseñados, consideramos que el contexto usado como prueba puede ser tomado como base de la decisión judicial sobre la responsabilidad de los postulados en el marco de la justicia transicional.

⁸⁷ Por elementos debe entender todas aquellas fuentes que componen el contexto, por ejemplo: las declaraciones, contrastaciones, análisis académicos y demás.

IX. Formas de aportar (reglas operativas)

El contexto será aportado al proceso por medio de la recolección y análisis por parte de la SRVR dentro del proceso de la JEP, quienes constataran y cotejaran toda la información que llegue, esta sala generara como se ha demostrado anteriormente un informe donde determinen 4 escenarios, dos de ellos son de especial relevancia para los procesos, (i) la SRVR transmitirá la información consolidada a las secciones de primera instancia dentro del tribunal, para que estas lo usen dentro de los procesos, (ii) la SRVR remitirá la información constatada y cotejada a la unidad de investigación y acusación, esta unidad cuando presente las solicitudes a las secciones de primera instancia, puede hacer uso de la prueba de contexto y conforme a esta se debatirá dentro del proceso.

X. Importancia del contexto como prueba

La prueba de contexto en Justicia Transicional resulta entre muchas razones de vital importancia, ya que: (i) aporta a la reconstrucción de la verdad, a la adopción de decisiones judiciales justas y por ello a la justicia; y (ii) contribuye al cumplimiento de las obligaciones convencionales e internacionales asumidas por el Estado colombiano en materia de derechos humanos.

3.2.4 Construcción de verdad y decisiones justas

Una decisión justa es aquella que cumple con los siguientes requisitos: (i) es producto de un proceso en que fueron efectivas las garantías procesales que tienen las partes en juicio; (ii) se basa en una interpretación correcta de la norma justificada por el juez en la motivación de su decisión en un ejercicio argumentativo y (iii) se basa en una determinación verdadera de los hechos, producto de inferencias probatorias.

“En otras palabras, la justicia de la decisión no deriva exclusivamente de la corrección del procedimiento y no se agota en ésta, sino que depende de la concurrencia de condiciones específicas. Estas condiciones pueden ser resumidas en tres: a) que la decisión sea el resultado de un proceso justo, pues difícilmente sería aceptable como justa una decisión producida en un proceso en el que hayan sido violadas las garantías fundamentales; b) que haya sido correctamente interpretada y aplicada la norma que ha sido asumida como criterio de decisión, pues –como hemos visto poco antes– no puede considerarse justa una decisión que no haya sido dictada conforme a derecho, con observancia del principio de legalidad, y c) que se funde en una determinación verdadera de los hechos de la causa, ya que –como también se ha dicho– ninguna decisión es justa si se funda en hechos erróneos.

“Estas condiciones son todas conjuntamente necesarias, de modo que es evidente que aun la falta de una sola de ellas haría imposible calificar la sentencia como justa.

*Ninguna de estas condiciones es, en cambio, suficiente, de forma individual, para determinar la justicia de la decisión.*⁸⁸

La reconstrucción de la verdad como garantía de la justicia: La reconstrucción de la verdad sobre los hechos base del proceso, es condición *sine qua non* de una decisión judicial justa; pero la pregunta que se suscita es ¿Qué se comprende por la verdad?

La verdad como correspondencia: El concepto “corriente de la verdad” en palabras de Heidegger es aquel que asimila a la verdad con la coincidencia entre el enunciado y la realidad⁸⁹. Uno de los autores que más ha desarrollado esta teoría es Alfred Tarski quien tiene la pretensión de encontrar una definición de la verdad materialmente adecuada y formalmente correcta, de allí que base su teoría en una noción semántica de equivalencia. “La verdad de una oración consiste en su adecuación (o correspondencia) con la realidad”⁹⁰; siendo su notación formal: (T) X es verdadera si y sólo si, p.⁹¹ Siendo (t) una equivalencia (equivalencia entre nombre y oración).

La verdad como desocultamiento: Esta postura representada por Hans-Georg Gadamer⁹² y su maestro Martin Heidegger⁹³ busca ir más allá de la correspondencia y coincidencia del enunciado para trascender a la esencia misma de las cosas y por ende mostrar lo que se encuentra oculto en el ente.

La verdad como coherencia: La verdad no se concibe ya desde la correspondencia con la realidad, sino desde la coherencia interna de los enunciados y de las proposiciones (desde su validez lógica); esta forma de concebir a la verdad es defendida por autores que se ubican en las más distintas fronteras del conocimiento; unos la defienden desde la metafísica, otros desde la lógica, la semántica y la epistemología.⁹⁴

⁸⁸ TARUFFO, Michele. *Simplemente la verdad. El juez y la reconstrucción de los hechos*. Madrid, España. Marcial Pons. 2010. P. 136.

⁸⁹ Véase: HEIDEGGER, Martin. *Ser, verdad y fundamento*. Caracas, Venezuela. Monte Ávila Editores. 1968. P.P. 62-66.

⁹⁰ TARSKI, Alfred. La concepción semántica de la verdad y los fundamentos de la semántica. A parte rei. *Revista de filosofía*. No. 6. P. 3. En <http://serbal.pntic.mec.es/~cmunoz11/tarski.pdf>. [Consulta: 23 de junio de 2016]

⁹¹ *Ibíd.* P. 5.

⁹² “¿Qué clase de experiencia es la que hace consistir la verdad en el discurso mostrante? Verdad es desocultación. Dejar estar lo desocultado, hacerlo patente, es el sentido del discurso. Uno presenta algo que así está presente para uno.” GADAMER, Hans-Georg. *Verdad y método*. Volumen II. Salamanca, España. Ediciones sígueme Salamanca. 2010. P. 54.

⁹³ “Cuando traducimos ἀλήθεια por «desocultamiento» en vez de «verdad», esta traducción no sólo es más literal, sino que contiene la indicación de transformar y retrotraer con el pensamiento el concepto habitual de verdad, en el sentido de conformidad del enunciado, en y hacia aquel (concepto) aún incomprensible, de des-velar (*Entborgenheit*) y des-velamiento (*Entbergung*) del ente. El comprometerse en el desvelar del ente, no se pierde en éste, sino que se despliega para un retroceso ante el ente, para que éste se manifieste en lo que es y cómo es, y la adecuación representante lo tome como medida.” HEIDEGGER, Op. Cit. P. 71.

⁹⁴ Véase: YOUNG, James O., “The Coherence Theory of Truth”. *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Edición 2015. Edward N. Zalta, editor. en: <http://plato.stanford.edu/entries/truth-coherence/>. [Consulta: 24 de junio de 2016]

La verdad y la coherencia: Para el presente trabajo nos identificamos con la concepción de la verdad como correspondencia de un enunciado fáctico con la realidad, reconociendo que: (i) hay un mundo externo que existe; (ii) los enunciados relativos a acontecimientos del mundo real son verdaderos o falsos en función de la existencia de esos acontecimientos en el mundo real; (iii) esta verdad objetiva puede ser objeto de un conocimiento fiable⁹⁵. No obstante, nos cuestionamos por la aportación de la coherencia a la verdad.

Donald Davidson, a pesar de ser ubicado como un teórico de la verdad como coherencia, aporta a la discusión sobre la coherencia y la verdad como correspondencia, toda vez que la coherencia de un cumulo de creencias entre un hablante y un intérprete sobre una serie de eventos, objetos y cambios en el ambiente, genera una relación intersubjetiva menos falible⁹⁶.

De esta manera la coherencia aumenta la posibilidad de verdad como correspondencia en un caso en concreto: es menos probable que una serie de enunciados no coherentes entre sí sean verdaderos. A su turno, la correcta utilización del contexto en el proceso que se surta ante la JEP busca aportar a la verdad dando cuenta de la coherencia entre las distintas narraciones y declaraciones de quienes en su momento fueron actores armados; de allí que como ya se enunció consideramos que la coherencia de los elementos internos que componen el contexto como prueba permite determinar un grado de confirmación alto de la hipótesis fáctica.

3.2.5 Contribución a la realización de obligaciones internacionalmente constituidas

Las obligaciones convencionales del estado, contempladas en los artículos 1 y 2 de la CADH, hacen alusión a respetar, garantizar los derechos establecidos en la misma y a la adecuación del ordenamiento interno respecto al instrumento interamericano. El Estado debe garantizar la justicia, el acceso a recursos judiciales efectivos a las víctimas, y la investigación y sanción de responsables. De estas obligaciones se

⁹⁵ TARUFFO, Op. Cit. P.P. 94-96.

⁹⁶ *Pensemos ahora en el carácter holista que ha de tener la atribución de creencias y significados en el proceso de interpretación, sobre la base de la presunción general de coherencia y racionalidad en el hablante. Esta condición de la interpretación, el “ideal constitutivo de la racionalidad” como Davidson lo denomina en ocasiones, dirige la atribución de todo tipo de creencias, tanto de las más teóricas como de las más cercanas a la experiencia, aquellas cuyos contenidos coinciden con sus causas externas. Pero si la mayor parte de estas últimas han de ser verdaderas, han de “corresponder” a la realidad, el requisito de coherencia entre las creencias de un sujeto expande esta “correspondencia” o verdad a lo largo y ancho del sistema doxástico, creando así, para cada una de las creencias que forme parte de este sistema, una presunción de verdad.* MOYA, Carlos. “Creencia, significado y escepticismo”. *Ideas y Valores*. Número 125. 2004. Bogotá. Universidad Nacional de Colombia. P. 68.

desprende la garantía a la verdad, la justicia y la reparación de las víctimas⁹⁷. La Corte IDH ha sido enfática al decir, que los Estados cumplen con sus obligaciones internacionales cuando esclarecen, en un proceso judicial, todas las circunstancias en cuanto a la violación de derechos humanos, lo que permite a las víctimas conocer la verdad de las vulneraciones, garantizar el acceso a la justicia, a un recurso efectivo, y la obligación general de investigar y sancionar⁹⁸. De igual manera, teniendo en cuenta el carácter especial del marco de justicia transicional, el uso excepcional de la prueba de contexto que aquí se plantea, responde al objetivo de satisfacer los derechos a la verdad, justicia y reparación en la mayor medida posible, de modo que con ello se logre una verdadera paz estable y duradera.

En la sentencia del caso El Mozote vs. El Salvador, el Juez García Sayán justifica la admisión de estándares diferenciados en materia de amnistías en procesos de paz, pues con ellos se busca satisfacer un interés valioso y legítimo que es precisamente el logro de la paz⁹⁹, igualmente afirma que “la paz como producto de una negociación se ofrece como una alternativa moral y políticamente superior a la paz como producto del aniquilamiento del contrario. Por ello, el derecho internacional de los derechos humanos debe considerar a la paz como un derecho y al Estado como obligado a alcanzarla”¹⁰⁰. Así mismo, establece un parámetro en el uso de un análisis holístico de cada caso, en el cual se proceda según la ponderación de derechos, principios y obligaciones para lograr una máxima satisfacción de los mismos con la menor restricción posible, teniendo en cuenta para ello no sólo el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, sino también el Derecho Internacional Humanitario, de suerte que dicha ponderación y flexibilización, en marcos excepcionales, permitan el logro de la paz.

El uso de la prueba de contexto, no implica una inobservancia de las obligaciones convencionales contraídas por el Estado colombiano, si no que representa una medida excepcional en un marco de justicia transicional que busca la paz como bien supremo al interior del territorio y por tanto resulta ser una forma especial de materialización de los deberes de respeto, garantía y adecuación del ordenamiento interno contemplados en la CADH, teniendo de presente y respetando los límites que le imponen tanto el DIDH y el DIH.

Conclusiones

Del presente análisis del uso del contexto como prueba en la JEP en el marco de un proceso de justicia transicional podemos concluir que: (i) el contexto ha sido usado en el escenario judicial de múltiples formas; (ii) uno de los usos que se le ha dado a nivel

⁹⁷ Comisión Colombiana de Juristas. *Principios internacionales sobre impunidad y reparaciones*. Bogotá: Comisión Colombiana de Juristas. 2007.

⁹⁸ Corte IDH, Caso 19 Comerciantes Vs. Colombia. Sentencia de 5 de Julio de 2004. Fondo, reparaciones y Costas. Párr. 176.

⁹⁹ CORTE INTERAMERICANA de DERECHOS HUMANOS, Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. *Voto concurrente Juez Diego García Sayán*. Sentencia

¹⁰⁰ *Ibíd.*

internacional es como prueba o como sucedáneo de prueba; (iii) las características especiales de un proceso de justicia transicional determinan la importancia del contexto en la construcción de la verdad; (iv) el contexto puede ser usado como prueba en justicia transicional; (v) su usos como prueba no vulneran la presunción de inocencia, ni la inmediación; (vi) la prueba de contexto dependiendo los supuestos fácticos podrá arrojar un grado de confirmación elevado de la hipótesis fáctica base de la decisión, de allí que se cumpla con el estándar de prueba; (vi) el uso de la prueba de contexto en justicia transicional permite la adopción de decisiones judiciales justas, gracias a la reconstrucción de la verdad de los hechos; (vii) la prueba de contexto en justicia transicional debe ser aportada por el ente investigador, analizada y tomada en cuenta por quien ejerce la jurisdicción en el caso en concreto, en garantía de los derechos convencionales, toda vez que como funcionarios del Estado Colombiano están obligados a realizar un control de convencionalidad difuso

REFERENCIAS

NORMATIVAS

1. Colombia. Congreso de la República. Ley 906 de 2004.
2. Colombia. Congreso de la República. Ley 975 de 2005.
3. Colombia. Fiscalía General de la Nación. Directiva 001 de 2012.
4. Colombia. Fiscalía General de la Nación. Resolución 1018 de 2012.
5. Uruguay. Asamblea General de Uruguay. Ley 15848 de 1984.
6. Uruguay. Asamblea General de Uruguay. Ley 15737 de 1985.

JURISPRUDENCIALES

1. COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Informe 25/09, “Sebastiao Camargo Filho”. Brasil. 19 de marzo de 2009
2. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-579 de 2013
3. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-289-12
4. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-124/11.
5. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-579 de 2013. expediente D – 9499. Magistrado Ponente. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. 28 de agosto de 2013.
6. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de casación penal. SP16258-2015. Magistrado ponente: José Luis Barceló Camacho. 25 de noviembre de 2015
7. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de casación penal. SP5831-2016. Magistrado ponente: Luis Antonio Hernández. 4 de mayo de 2016
8. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala. Voto concurrente razonado.
9. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Almonacid Arellano y otros vs Chile.

10. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú.
11. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México.
12. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Gelman vs. Uruguay.
13. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Sentencia Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras, sentencia de fondo del 29 de julio de 1988.
14. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Sentencia Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia, sentencia del 31 de enero de 2006.
15. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. *Voto concurrente Juez Diego García Sayán*. Sentencia de 25 de octubre de 2012, Serie C, núm. 252.
16. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Durand y Ugarte Vs. Perú, sentencia de fondo del 16 de agosto de 2000
17. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Cinco Pensionistas Vs. Perú, Sentencia de fondo, reparaciones y costas del 28 de febrero de 2003.

BIBLIOGRÁFICAS

1. ALTO COMISIONADO PARA LA PAZ, ABC jurisdicción especial para la paz, 2016, En: <http://www.altocomisionadoparalapaz.gov.co/Documents/informes-especiales/abc-del-proceso-de-paz/abc-jurisdiccion-especial-paz.html> [Consulta: Viernes, 20 de Mayo de 2016]
2. BARBOSA CASTILLO, Gerardo, BERNAL PULIDO, Carlos (Eds.). *El análisis de contexto en la investigación penal: crítica del trasplante del derecho internacional al derecho interno*. Bogotá. Universidad Externado de Colombia y Ejército Nacional de Colombia. 2015
3. BILBENY, Norbert. *Justicia compasiva. La justicia como cuidado de la existencia*. Madrid. Technos. 2015.
4. CASTILLO Calle Manuel. "El control de convencionalidad: Criterios con base en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos". *Justicia*, 26, 2014. pp. 81-107. En: http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0124-74412014000200007. [Consulta: 21 de junio de 2016]
5. CORTE INTERAMERICANA de DERECHOS HUMANOS (2015). Cuadernillos de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N°7,
6. FERRER BELTRAN, Jordi. "Los estándares de prueba en el proceso penal español". *Universidad de Girona*. En: <http://www.uv.es/cefd/15/ferrer.pdf>. [Consulta: miércoles 15 de junio]
7. FISCALIA GENERAL DE LA NACIÓN. Presentación conjunta con el Ministerio de Justicia sobre el proyecto de reforma al código de procedimiento

- penal .2015. En: <http://www.fiscalia.gov.co/colombia/noticias/destacada/fiscalia-general-de-la-nacion-y-ministerio-de-justicia-presentaron-proyecto-de-reforma-al-codigo-de-procedimiento-penal>. [Consulta: jueves 23 de junio]
8. FUNDACIÓN ACCIÓN PRO DERECHOS HUMANOS. Informe de la Comisión de la Verdad para el Salvador. En: <http://www.derechoshumanos.net/lesahumanidad/informes/elsalvador/informe-de-la-locura-a-la-esperanza.htm>. [Consulta: sábado 18 de junio de 2016]
 9. GADAMER, Hans-Georg. *Verdad y método*. Volumen II. Salamanca, España. Ediciones sígueme Salamanca. 2010.
 10. GARLAIN Palermo, Pablo. “El proceso de justicia transicional en Uruguay”. *Revista Verba Iuris*. #32, Julio-diciembre de 2014. Bogotá, Universidad Libre. En: <http://www.unilibre.edu.co/verbaiuris/32/el-proceso-de-justicia-transicional-en-uruguay.pdf>. [Consulta: jueves 16 de junio de 2016]
 11. HEIDEGGER, Martin. *Ser, verdad y fundamento*. Caracas, Venezuela. Monte Ávila Editores. 1968.
 12. IBÁÑEZ, Juana María. “Control de convencionalidad: precisiones para su aplicación desde la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. 2012. En: <http://www.anuariocdh.uchile.cl/index.php/ADH/article/viewFile/20555/21725> [Consulta: lunes 13 de junio]
 13. ICTJ. “Ignorando sus demandas de justicia, Sudáfrica fracasa ante las víctimas del Apartheid”. 14 de enero de 2013. En: <https://www.ictj.org/es/news/ignorando-sus-demandas-de-justicia-sudafrica-fracasa-ante-las-victimas-del-apartheid>. [Consulta: lunes 20 de junio de 2016]
 14. INSTITUTO de DERECHOS HUMANOS DE LA UNIVERSIDAD DE CENTROAMÉRICA “José Simeón Cañas”. *El Salvador: verdad, justicia y reparación. Deudas históricas con las víctimas y la sociedad*. San Salvador, El Salvador. p. 7.
 15. MESA DE CONVERSACIONES: HABANA CUBA. Borrador conjunto: 5. Acuerdo sobre las Víctimas del Conflicto: “Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición”, incluyendo la Jurisdicción Especial para la Paz; y Compromiso sobre Derechos Humanos. Cuba., 2015.
 16. MOYA, Carlos. “Creencia, significado y escepticismo”. *Ideas y Valores*. Número 125. Bogotá. Universidad Nacional de Colombia. 2004
 17. Naciones Unidas, Consejo de Seguridad, *El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos*, S/2004/616
 18. O’DONELL Daniel. “Introducción al Derecho Internacional de los Derechos Humanos”. En *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Bogotá D.C. Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. 2004.
 19. OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS “Justicia Transicional. “Uruguay tiene un capítulo de su pasado reciente aún sin resolver adecuadamente”. Ginebra, 10 de octubre de 2013. En:

- <http://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=13852&LangID=S> [Consulta: lunes 20 de junio de 2016]
20. QUINCHE, Manuel (2014). *El control de convencionalidad*. Bogotá: Editorial Temis,
 21. RODRÍGUEZ, Gina. “Los límites del perdón. Notas sobre la justicia transicional en Sudáfrica, Centroamérica y Colombia”. *Revista Justicia Iuris*. Vol.7 N°2. Julio - diciembre de 2011. Barranquilla, Universidad Autónoma del Caribe. En: [http://www.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/16DD8FF2C5C1DABC05257B0B0070C84A/\\$FILE/Articulo5.pdf](http://www.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/16DD8FF2C5C1DABC05257B0B0070C84A/$FILE/Articulo5.pdf) [Consulta: lunes 20 de junio de 2016]
 22. SKINNER, Quentin. “Significado y Comprensión en la Historia de las Ideas”. Prismas, Revista de Historia Intelectual. N°4. 2000.
 23. STEINER Christian, URIBE Patricia. *Convención Americana de Derechos Humanos comentada*. México. Suprema Corte de Justicia de la Nación. 2014.
 24. SUÁREZ, Ingrid. “El control de convencionalidad”. *Control de convencionalidad y autoprocedente interamericano*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez. 2015.
 25. SUAREZ, Alberto. Los principios rectores y su relación con la prueba en el nuevo código de procedimiento penal.1987. En: <http://www.icdp.org.co/revista/articulos/6/LOS%20PRINCIPIOS%20RECTORES-%20ALBERTO%20SUAREZ.pdf>. [Consulta: viernes 24 de junio]
 26. TARUFFO, Michele. *Simplemente la verdad. El juez y la reconstrucción de los hechos*. Madrid, España. Marcial Pons. 2010.
 27. TARSKI, Alfred. La concepción semántica de la verdad y los fundamentos de la semántica. A parte rei. *Revista de filosofía*. No. 6. En: <http://serbal.pntic.mec.es/~cmunoz11/tarski.pdf>. [Consulta:23 de junio de 2016]
 28. TEITEL, R. Transitional Genealogy Justice. Harvard. *Human Rights Journal* No. 16. En: UPRIMNY, Rodrigo. Las enseñanzas del análisis comparado: procesos transicionales, formas de justicia transicional y el caso colombiano. En: UPRIMNY, Rodrigo; SAFFON, María Paula; BOTERO, Catalina & RESTREPO, Esteban. *Justicia Transicional ¿sin transición?: Verdad justicia y reparación para Colombia*. Bogotá D.C: Dejusticia, 2006.
 29. TELLO, Alonso y MENDOZA Juan. “La doctrina del control de convencionalidad: dificultades inherentes y criterios razonables para su aplicabilidad”. *Prudentia Iuris*, 80, 2015. Buenos Aires. Universidad Católica de Argentina. En: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/revistas/doctrina-control-convencionalidad-tello.pdf>. [Consulta:15 de junio de 2016]
 30. UPRIMNY, Rodrigo. Las enseñanzas del análisis comparado: procesos transicionales, formas de justicia transicional y el caso colombiano. pp. 17 - 45. En: UPRIMNY, Rodrigo; SAFFON, María Paula; BOTERO, Catalina & RESTREPO, Esteban. *Justicia Transicional ¿sin transición?: Verdad justicia y reparación para Colombia*. Bogotá D.C: Dejusticia, 2006.
 31. UPRIMNY Yepes Rodrigo, Luz María Sánchez Duque, Nelson Camilo Sánchez León. *Justicia para la paz: crímenes atroces, derecho a la justicia y paz negociada*. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad - Dejusticia, 2014.



32. YOUNG, James O., “The Coherence Theory of Truth”. *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Edición 2015. Edward N. Zalta, editor. En: <http://plato.stanford.edu/entries/truth-coherence/>. [Consulta: 24 de junio de 2016].

**LA REPARACIÓN DEL DAÑO AMBIENTAL EN EL MARCO DE JUSTICIA
TRANSICIONAL EN COLOMBIA Y EL CONTROL DE
CONVENCIONALIDAD:
Propuesta de reconocimiento del medio ambiente como víctima del conflicto
armado***

Semillero de Derecho Procesal de la
Universidad de Nariño**

*Aleyda Carolina Lozada Mosquera, Christian Camilo Cabrera Oviedo,
Juan Francisco Rosero Henao, July Viviana Camacho Villarreal,
Marcial Alejandro Argoty García, María Fernanda Arteaga Cuarán,
Rodrigo Hernán Estupiñán Insuasti, Sebastián Santacruz Rodríguez,
Vanessa Sthephanie Obando Flores, Yenifer Marcela Muñoz Cerón*

Director semillero: *Omar Alfonso Cárdenas Caycedo*¹

* Artículo inédito. Recibido 02 de septiembre de 2016 – Aprobado el 24 de noviembre 2017.

Para citar el artículo: LOZADA MOSQUERA, Aleyda Carolina; CABRERA OVIEDO, Christian Camilo; ROSERO HENAO, Juan Francisco; et al. La reparación del daño ambiental en el marco de justicia transicional en Colombia y el control de convencionalidad: Propuesta de reconocimiento del medio ambiente como víctima del conflicto armado. *Revista de Derecho Procesal Contemporáneo – ICDP*. No. 4, Enero – Junio de 2016. Bogotá: Instituto Colombiano de Derecho Procesal. pp. 78-110.

Este artículo es la base de la ponencia presentada por los autores en el XVII Concurso Internacional de Estudiantes de Derecho - Nivel Pregrado, que se realizó en el marco del XXXVII Congreso Colombiano de Derecho Procesal, celebrado del 31 de agosto al 2 de septiembre del 2016, en la ciudad de Medellín.

** Los autores son estudiantes que conforman el grupo de semillero de investigación en Derecho Procesal de la Universidad de Nariño.

¹ Docente Tiempo Completo y Director de Consultorios Jurídicos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Nariño, secretario del Capítulo Nariño del Instituto Colombiano de Derecho Procesal. Abogado Universidad de Nariño, especialista en derecho procesal civil y Magister en Derecho Comercial, Universidad Externado de Colombia. Investigador.

Resumen

La ponencia tiene como objetivo demostrar que la reparación del daño ambiental con ocasión del conflicto armado en Colombia, debe entenderse incluida en el concepto de reparación integral establecido en los borradores del acuerdo de paz, categorizando al medio ambiente como una víctima que debe ser reparada. Lo anterior en cumplimiento de las exigencias derivadas del control de convencionalidad, por cuanto si el daño ambiental no es reparado en las instancias internas, es posible acceder ante el SIDH. Para concluir, se plantean alternativas de reparación reconociendo a la naturaleza como sujeto de derechos propios, que como tal deben ser protegidos. La metodología utilizada es cualitativa con enfoque histórico-hermenéutico, con revisión de doctrina, jurisprudencia, y documentos oficiales. El semillero realizó como trabajo de campo una visita a la zona donde ocurrió un daño ambiental con ocasión del conflicto en el departamento del Putumayo y entrevistó a sus víctimas.

Palabras claves: Daño ambiental, justicia transicional, SIDH, control de convencionalidad, reparación integral.

Abstract

The presentation aims to demonstrate that the repair of environmental damage with occasion of the armed conflict in Colombia, should be understood included in the concept of full compensation, established in the draft of the peace agreement, categorizing the environment as a victim that must be repaired. The above in compliance with the requirements arising from control of conventionality, as if environmental damage is not repaired at the internal level, it is possible to access to the IAHRs. To conclude, repair alternatives arise recognizing nature as a subject of their own rights, and as such must be protected. The methodology used is qualitative with hermeneutic historical approach, with revision of doctrine, jurisprudence, and official documents. The seedlings, performed as a field study a visit to the area where environmental damage occurred with occasion of the conflict in the Department of Putumayo and interviewed the victims.

Key Words: Environmental damage, transitional justice, IAHRs, control of conventionality, full compensation.

1. INTRODUCCIÓN

“Hoy es el día del medio ambiente. Un buen día para celebrar la nueva Constitución de Ecuador, que en el año 2008, por primera vez en la historia del mundo, reconoció a la naturaleza como sujeto de derecho.

“Suena raro esto de que la naturaleza tenga derechos, como si fuera persona. En cambio, suena de lo más normal que las grandes empresas de los Estados Unidos

tengan derechos humanos. Y los tienen, por decisión de la Suprema Corte de Justicia, desde 1886.

“Si la naturaleza fuera banco, ya la habrían salvado”

Eduardo Galeano (Los hijos de los días)

La ponencia tiene como objetivo desarrollar el tema de la reparación del daño ambiental en el marco de justicia transicional en Colombia, sin perder de vista las exigencias que surgen desde el control de convencionalidad. Para ello, se parte de un caso representativo que visibiliza la magnitud de la problemática por contaminación ambiental ocasionada por actividades de los actores armados, generando con ello daños sociales y medioambientales que implican complejas medidas de reparación y resarcimiento de los derechos de la población. El semillero realizó un trabajo de visita a la zona afectada y de entrevista a las víctimas, lo que permite un relato del caso emblemático de forma precisa.

A partir del caso emblemático caso se estudia la relación entre la justicia transicional y el medio ambiente, teniendo en cuenta los avances existentes en los borradores de los acuerdos de paz dentro de las negociaciones FARC-EP y Gobierno de Colombia. En este punto se realizará un análisis en torno al concepto de reparación integral y la posible inclusión en este concepto de la reparación del daño ambiental, y más allá, la propuesta del reconocimiento del medio ambiente y la naturaleza, como víctimas del conflicto armado que merece ser reparado en el proceso de justicia transicional.

La reparación del daño ambiental, pese a no encontrarse plenamente desarrollada en los acuerdos de la Habana, puede alcanzarse acudiendo a mecanismos internos judiciales y administrativos. En ese punto se propone que el control de convencionalidad otorga importantes argumentos a tener en cuenta por las autoridades nacionales, en procura de reparar el daño ambiental; constituyéndose así en auténticas exigencias al momento de implementar la justicia transicional.

En caso de no encontrar respuesta en el derecho interno, el semillero propone la posibilidad de alcanzar la protección del medio ambiente a instancias del Sistema Interamericano de Derecho Humanos. Importantes precedentes dan cuenta de la protección que este sistema ha brindado frente daños medioambientales al establecer una estrecha relación con los derechos humanos. Desde una perspectiva eminentemente procesal, se analiza la forma de acceso al sistema, se identifica a las partes y el problema de legitimación activa o pasiva; la posibilidad de la petición y decreto de medidas cautelares para garantizar la protección medioambiental, entre otros. La ponencia también ausculta los elementos que deben configurarse para que un estado sea declarado responsable por afectaciones al medio ambiente; y por último, se observan las medidas de reparación que pueden ordenarse.

En la parte final de la ponencia, se presentan las propuestas planteadas por el semillero: la primera, incluir en el concepto de la reparación integral la reparación del daño ambiental; la segunda, plantear la reparación del medio ambiente en sí mismo

considerado, y no necesariamente por su vinculación o conexidad con derechos humanos; la tercera, categorizando al medio ambiente y la naturaleza como un sujeto de derechos que debe ser considerado y reparado como víctima en el posconflicto.

La ponencia cierra con un análisis experiencias en otras latitudes, en las cuales la reparación del daño ambiental con ocasión del conflicto, fue punto fundamental de la agenda en escenarios de justicia transicional.

En definitiva, en esta ponencia se plantea una visión más amplia del concepto de reparación integral en el marco de justicia transicional, con el fin de reconocer al medio ambiente como una víctima del conflicto armado en Colombia, y proponer que el posconflicto será la oportunidad para su debido reconocimiento y necesaria reparación.

2. EL DERRAME DE CRUDO EN EL PUTUMAYO: Un caso emblemático de daño ambiental con ocasión del conflicto armado en Colombia.

Una mañana del 15 de junio de 2016 el semillero emprende un viaje hacia una de las zonas más devastadas por el conflicto armado en Colombia, en el corredor de Puerto Vega-Teteyé, en el departamento del Putumayo, un territorio que tras años de guerra solo le quedan las secuelas de cruentos enfrentamientos entre las Fuerzas Militares y las FARC. Una región que a plena vista ha sido bendecida por sus recursos naturales, pero que por su riqueza ha sido históricamente codiciada por corporaciones privadas y grupos al margen de la ley. Los informes gubernamentales y las noticias nacionales describen que en esta zona se provocó uno de los mayores desastres ambientales con ocasión del conflicto armado en Colombia, lo cual hizo que el semillero comience el camino por tierra y río para evidenciar de primera mano las consecuencias de la guerra.

El semillero arribó a la zona del desastre: se evidencia la tragedia, después de dos años aún los pastos, lagunas y pequeños ríos están manchados por una estela negra que impide la vida de cualquier especie; el olor nauseabundo a petróleo acompaña todo el recorrido. Los habitantes y víctimas de este desastre relatan los hechos y afirman que el 1 de julio de 2014, en horas de la mañana, los camiones que continuamente transportan petróleo fueron detenidos por el frente 48 de las FARC, cuyos integrantes ordenaron a los conductores derramar el crudo en la zona. Este derrame sumado a las actividades de explotación de petróleo por parte de la empresa Vetra, de origen canadiense, han ocasionado un impacto ambiental imposible de remediar.

El desastre ambiental causado por las FARC tenía como objetivo demostrar el poderío militar y de ataque del grupo insurgente, y la imposibilidad o dificultad de las fuerzas militares para contrarrestar este tipo de acciones. No obstante, el petróleo fue derramado en una vasta zona y los daños causados a los pobladores se incrementaron con el paso de los días y meses. La opinión pública nacional olvidó el suceso, pero el petróleo sigue allí y hoy, como lo evidenció visualmente el semillero, continúa derramado y causando estragos.

Los líderes de este territorio, la señora María Quintero*, Héctor Mosquera* y Ana Gutiérrez* (*nombres ficticios para proteger la identidad de los entrevistados), narraron al semillero, con total vehemencia, las afectaciones históricas de las cuales han sido víctimas su comunidad y territorio, manifestaron que desde los años ochenta en el corredor de Puerto Vega-Teteyé, comenzó la exploración en búsqueda de petróleo y solo hasta el año 2000 se inició la explotación petrolera, generando el desplazamiento de cientos de familias; por ejemplo, la vereda “La Floresta” fue totalmente desalojada, ya que a cinco kilómetros a la redonda de las treinta y nueve plataformas que se instalaron en la región no podían residir seres humanos: cuando las familias regresaron hallaron sus casas y cultivos destruidos¹.

La explotación petrolera junto con los derrames de crudo ocasionados por los actores armados ilegales han devastado esta región; en una de las veredas llamada Campoalegre, uno de sus pobladores afirma: “*estamos contaminados hasta por lo que respiramos, bebemos y oímos*”². Como resultado de estos sucesos, nueve familias han interpuesto acciones de tutela por la vulneración al derecho al agua, puesto que después de ser un territorio de humedales y nacimientos de agua en plena zona selvática, hoy tienen que esperar un carrotanque o una bolsa de agua, con un racionamiento donde se les asigna un determinado número de litros de por cada familia. Además, se han presentado afectaciones a la salud de las personas, como problemas pulmonares, en la piel, abortos, cáncer, entre otros. El daño no es menor en los animales como el ganado, que se debe alimentar del agua y la hierba contaminada, al tiempo que los cultivos de subsistencia de las comunidades se han visto seriamente afectados³.

Hoy en día en esta zona no hay agua potable y el agua que otrora la comunidad utilizaba para bañarse, lavar o para consumo, sale de los aljibes y de los ríos totalmente contaminada. Por esta razón, los fallos de tutela ordenaron a las entidades locales, nacionales y a la empresa misma que opera en la zona, tomar acciones urgentes como la construcción de un acueducto y la limpieza ambiental del corredor; sin embargo, esto no se ha cumplido. La respuesta institucional se ha reducido a entregar agua para que las familias puedan sobrevivir, pero tales entregas no se realizan todos los días, por ello, la población subsiste por el agua que recolectan de la lluvia. Esta crítica situación ha modificado de forma radical la cotidianidad de las comunidades campesinas, indígenas y afro-descendientes que viven en el territorio, en la pesca, la agricultura, ganadería y cacería principalmente⁴.

El derrame de crudo no hizo más que acrecentar los daños ambientales que se venían causando con ocasión de la explotación petrolera en la zona. Las comunidades han

¹ Fuente: Entrevista a los señores María Quintero*, Héctor Mosquera* y Ana Gutiérrez* (*nombres ficticios para proteger la identidad de los entrevistados), realizada el 15 de junio de 2016, por parte del semillero de investigación, en la zona Puerto Vega – Teteyé – Putumayo, Colombia.

² Ibídem.

³ Ibídem.

⁴ Ibídem.

venido reclamando la reparación del daño ambiental desde tiempo atrás, incluso en el año 2012 se llevó a cabo una audiencia con el gobierno nacional, integrado por el Ministerio de Ambiente, Corpo-amazonia, Ministerio de Minas y el ANLA, donde se demostró junto con los resultados de laboratorio de acción ecológica, una ONG ecuatoriana, la presencia de enfermedades en los niños de esta región; de hecho, los exámenes a un niño concluyeron que en su cuerpo se encontraban metales pesados y que esta fue la causa de su muerte. El mismo día de la audiencia las comunidades llevaron un vaso de agua para que las autoridades nacionales lo bebieran, ya que aducían que el agua de la zona era potable, pero ninguno fue capaz de beberla. La comunidad dio a conocer las afectaciones a las comunidades Nasa, el pueblo Awá y al consejo comunitario de afro-descendiente de este territorio por la vulneración a la consulta previa y la contaminación de los recursos hídricos⁵.

El 30 mayo 2014 se hizo pública una nueva licencia de explotación, que otorgó autorización para 148 pozos más en Puerto Vega-Teteyé. Esto fue la gota que rebosó la copa, por eso el 10 de junio de 2014 la población se tomó las vías en defensa del territorio y los derechos a la vida y al agua, así desde el 14 de julio hasta el 19 de septiembre del mismo año, fueron continuos los choques con el ESMAD. El semillero indagó sobre las razones de estos enfrentamientos en la entrevista, ante los cual una de las víctimas respondió: *“las comunidades dijeron no más, o nos matan sobre las vías o nos matan contaminados”*.⁶

3. LA REPARACIÓN DEL MEDIO AMBIENTE COMO UN COMPONENTE DE LA REPARACIÓN INTEGRAL EN EL MARCO DE JUSTICIA TRANSICIONAL: Exigencias del control de convencionalidad.

3.1. Las aterradoras cifras y el contexto del daño ambiental contexto del daño ambiental con ocasión del conflicto armado en Colombia.

El caso investigado y documentado por el semillero, no es más que una pequeña muestra del daño ambiental que el conflicto armado le ha causado a la naturaleza en Colombia. El caso más reciente se perpetuó en Tumaco (Nariño), donde las FARC-EP en el año 2015 dinamitaron el oleoducto trasandino, dejando a más de 160 mil personas sin agua potable y una mancha de crudo que afectó ríos, manglares y el océano pacífico. Ante ello surge la necesidad de incluir el tema medio ambiental en la agenda de justicia transicional y postconflicto.

Colombia es el segundo país más biodiverso del mundo; sin embargo, ha tenido que soportar graves afectaciones al ecosistema a causa del conflicto armado, de acuerdo a las cifras, aproximadamente 4,1 millones de barriles de petróleo han sido derramados

⁵ *Ibidem*.

⁶ *Ibidem*.

desde el año de 1986 hasta el 2015.⁷ Igualmente, se ha estimado que en los últimos trece años la siembra de cultivos ilícitos han provocado la deforestación de 290.992 hectáreas de bosque;⁸ incluso las aspersiones de glifosato, arma principal del gobierno en la lucha contra los cultivos ilícitos, fueron suspendidas debido a que la Organización Mundial de la Salud (OMS) clasificó a este herbicida como cancerígeno, determinando que contamina las reservas forestales y envenena los cultivos de origen lícito.⁹

Según un estudio oficial del Departamento Nacional de Planeación, las cifras del daño ambiental total con ocasión del conflicto son impresionantes: tres millones de hectáreas de bosques deforestados, según IDEAM (equivalentes a todos los bosques de República Checa); 1.300 millones de toneladas de CO₂ emitidas por deforestación; 1.5 millones de hectáreas de suelo degradado que tardará 15 años en recuperarse; y un dato que aterra: el 60% de las fuentes hídricas del país fueron potencialmente afectadas por la extracción ilícita de minerales y derrames de petróleo¹⁰.

El problema más grave radica en que si bien el conflicto armado devasta el medio ambiente, la suscripción de los acuerdos de paz no generaría una disminución en el daño; así lo señala el exministro de ambiente Manuel Rodríguez Becerra, quien expresó: “*en el posconflicto la experiencia en la mayor parte de países es que la destrucción ambiental aumenta porque muchos de los guerrilleros, incluso los exsoldados que han estado en el conflicto, saben muy bien dónde están los recursos madereros, las minas de oro, y prefieren ese tipo de actividades ilegales a manejar un taxi en Bogotá o Cali (...)*”¹¹. En la misma entrevista, el ex ministro hoy Presidente del Foro Nacional Ambiental, aclaró que casos como el de Angola, El Salvador y Nicaragua muestran el aumento de la destrucción ambiental en el posconflicto; agregó que los inversionistas nacionales y extranjeros en actividades de explotación de recursos naturales y agrícolas no tendrán temor de ir a lugares antes inaccesibles por el conflicto, con el agravante de que el Ministerio de Medio Ambiente no sería capaz de ejercer un control adecuado en este tipo de actividades.

⁷Campos Encinales Laura, Gutiérrez Carolina, Lizcano María Fernanda, “Cuando el blanco de guerra es el petróleo”. *Sostenibilidad Publicaciones Semana*, 2015, <http://sostenibilidad.semana.com/medio-ambiente/multimedia/el-petroleo-blanco-guerra/33711>, Consultado: 17 de abril 2016.

⁸Campos Encinales Laura, Gutiérrez Carolina, Lizcano María Fernanda, “La huella de 45 años de cultivos de coca”. *Sostenibilidad Publicaciones Semana*, 2015, <http://sostenibilidad.semana.com/medio-ambiente/multimedia/coca-medio-ambiente-huella-45-anos-cultivo/33712>, consultado: 17 de abril 2016.

⁹Agencia EFE, “Uso del glifosato terminara antes de octubre: Min justicia”. *EL TIEMPO*, 2015, editorial El Tiempo, <http://www.eltiempo.com/politica/justicia/glifosato-en-colombia-uso-del-herbicida-sera-hasta-octubre/15760117>, consultado: 16 de abril 2016.

¹⁰ Departamento Nacional de Planeación. Dividendos Ambientales de la Paz, marzo 2016. Disponible en: <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Prensa/Presentaciones/Dividendo%20Ambiental%20de%20la%20Paz%20FINAL%202016-03-16.pdf>.

¹¹ Rodríguez Becerra Manuel. “El medio ambiente: La victima olvidada”, 2015, *Publicaciones Semana* Internet: <http://sostenibilidad.semana.com/medio-ambiente/multimedia/medio-ambiente-conflicto-colombia/33709>, consultado: 15 de abril 2016.

Desafortunadamente la variable ambiental no tiene un lugar privilegiado en los acuerdos de la Habana, hasta ahora los borradores conjuntos de la mesa de negociación dejan ver la intención de los negociadores de incluir algunos aspectos en pro del medio ambiente, que no responden a la importancia ni a la gravedad del daño ambiental sufrido en el país.¹²

3.2.El medio ambiente y los acuerdos de paz de la Habana.

El primer borrador conjunto de los acuerdos de la Habana estudia la política de desarrollo agrario integral y consagra como uno de los principios el desarrollo sostenible, entendido como la protección y promoción del acceso al agua; así mismo, reconoce que lo acordado debe ser ambiental y socialmente sostenible,¹³ principio que irradia el desarrollo de la primera parte de la agenda. El punto 1.8 literal B dispone la creación de una instancia de alto nivel encargada de la formulación de lineamientos generales de uso de la tierra, los cuales deberán tener en cuenta, entre otros aspectos, la sostenibilidad socio-ambiental y la conservación de los recursos hídricos y de la biodiversidad.¹⁴

El punto 1.10 correspondiente al cierre de la frontera agrícola y la protección de las zonas de reserva, tiene el propósito de proteger las áreas de especial interés ambiental y generar a los pobladores alternativas equilibradas entre medio ambiente, bienestar y buen vivir, para lo cual el gobierno se compromete a desarrollar el plan de zonificación ambiental que delimite la frontera agrícola, caracterizando el uso de las áreas que deben tener un manejo ambiental especial, tales como: zonas de reserva forestal, zonas de alta biodiversidad, ecosistemas frágiles, cuencas, páramos, humedales y recursos hídricos. Además, se dispone el apoyo a las comunidades rurales que habiten o colinden con las áreas de especial interés ambiental, en la estructuración de planes para su desarrollo, incluidos programas de reasentamiento o de recuperación comunitaria de bosques y medio ambiente.¹⁵

De igual manera, se hace una mención indirecta en pro del medio ambiente en el cuarto borrador conjunto: “solución al problema de las drogas ilícitas”. En este borrador se dispone la creación del Programa Nacional Integral de Sustitución de Cultivos Ilícitos (PNIS), que tiene como objetivo contribuir al cierre de la frontera agrícola, la recuperación de los ecosistemas y el desarrollo sostenible.¹⁶

¹²Ibídem.

¹³Gobierno Nacional, FARC-EP; “Política de desarrollo agrario integral”, *Borrador conjunto*, 2014, La Habana, Cuba, p.3, <https://www.mesadeconversaciones.com.co/sites/default/files/Borrador%20Conjunto%20-%20Pol%20tica%20de%20desarrollo%20agrario%20integral.pdf>, Consultado: 17 de abril 2016.

¹⁴ Ibíd. pp. 6-7.

¹⁵ Ibíd. pp. 8-9

¹⁶ Gobierno Nacional, FARC-EP, “Solución al problema de las drogas ilícitas”, *Borrador conjunto*, 2014, La Habana, Cuba, pp.4-7, <https://www.mesadeconversaciones.com.co/sites/default/files/Borrador%20Conjunto%20-%20Soluci%20n%20al%20problema%20de%20las%20drogas%20il%20citas.pdf>, Consultado: 18 de abril 2016.

Posteriormente, en lo referente a los acuerdos con las comunidades, en procura de una solución al problema de los cultivos de uso ilícito, se dispone que en caso de que algunos cultivadores no manifiesten su voluntad o que incumplan los compromisos adquiridos por estos acuerdos, el gobierno procederá a su erradicación manual, donde sea posible.¹⁷

En los componentes de los planes integrales de sustitución, se encuentra el de sostenibilidad y recuperación ambiental, el cual incluye: acciones de recuperación y adecuación de suelos para el establecimiento de cultivos lícitos, acciones para la mitigación de los daños ambientales en las zonas de especial interés ambiental, ecosistemas frágiles e hidrografía vulnerable y recuperación de bosques, como también proyectos de protección ambiental y productivos, ambientalmente sostenibles.¹⁸

En el trabajo llevado a cabo por las mesas de negociación se establecen unas características claras del tipo de víctimas que el proceso pretende reparar y maneja el concepto de “ciudadanos con derechos”, por lo tanto no se contempla al medio ambiente como una víctima directa del conflicto, pero si se procurado su discusión en otros puntos de los acuerdos.

De este modo, los diálogos deben propender para que en el escenario del posconflicto se proteja y garantice el goce pleno de los derechos de todas las víctimas; lo anterior, por cuanto el Estado debe cumplir con los deberes que universalmente se le ha endilgado. Cabe resaltar que en función de los principios de universalidad, igualdad y progresividad, y para efectos de resarcimiento, se dará importancia a las vulneraciones que por el conflicto hayan sufrido los DESC y el derecho al medio ambiente.¹⁹

En la sección del “Mandato” en el borrador conjunto de los diálogos, se establece que la comisión, para dar lugar a los procesos de la agenda, tendrá como mandato esclarecer y promover el reconocimiento del impacto humano y social del conflicto en la sociedad, incluyendo las violaciones a los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, así como el desplazamiento y despojo de tierras con ocasión del conflicto y sus consecuencias. El documento menciona las consecuencias ambientales del conflicto; no obstante, no se plasma en un proyecto central, esto es, no se ofrecen soluciones concretas encaminadas a reparar el daño ambiental.²⁰

En los documentos referenciados se establecen sanciones alternativas en la etapa del postconflicto, especialmente a quienes reconozcan verdad exhaustiva, detallada y plena en la sala de reconocimiento de verdad y responsabilidades. Aquí se incluyen

¹⁷ *Ibíd.*, p.9.

¹⁸ *Ibíd.*, pp.15-16

¹⁹ Gobierno Nacional, FARC-EP, “Acuerdo sobre las víctimas del conflicto.”, *Borrador Conjunto*, 2015, La Habana, Cuba, p.2, <https://www.mesadeconversaciones.com.co/sites/default/files/borrador-conjunto-acuerdo-sobre-las-victimas-del-conflicto-1450190262.pdf>, consultado: 18 de abril 2016

²⁰ *Ibíd.*, pp.11-12.

proyectos que deben estar acordes con las políticas públicas del estado y respetar las tradiciones y costumbres étnicas y culturales de las comunidades.²¹

En resumen, las negociaciones y el escenario de posconflicto deben tratar al medio ambiente de una forma integral y exigente, teniendo en cuenta parámetros que se encuentran en las normas nacionales e internacionales, con el fin de procurar un adecuado uso y conservación de la naturaleza que beneficie a los actuales y futuros colombianos. A pesar de que se han planteado menciones al medio ambiente en los Borradores y en los Diálogos, las soluciones no son concretas ni completas, por lo tanto surge la preocupación de cómo se garantizará la reparación medio ambiental por las afectaciones provocadas en el conflicto. Colombia y su gran diversidad tanto natural como cultural hacen que la protección medioambiental sea fundamental para alcanzar un estado de paz y sostenibilidad: los ecosistemas y su interacción con el conflicto han generado una relación insostenible y esto debe motivar en las negociaciones a buscar medidas de reparación, compensación y retribución por parte de la sociedad y evitar las acciones de devastación y contaminación natural, todo ello encaminado a un eje formativo de políticas públicas para afrontar el posconflicto se base en el interés general y colectivo.²² Dada esta situación, se puede recurrir a la aplicación del control de convencionalidad en busca de dicha reparación y protección como se plantea a continuación.

3.3.Las exigencias del control de convencionalidad en materia de reparación ambiental de cara al proceso de paz Colombiano.

Resulta claro que a nivel interno el ordenamiento jurídico colombiano ofrece algunos mecanismos de protección al medio ambiente (acción popular, organismos administrativos, acción de cumplimiento, etc.). Sin embargo, por vía del control de convencionalidad se impone mayores obligaciones y cargas al estado, puesto que dicho control propugna por el cumplimiento y la armonización de los derechos humanos y demás obligaciones existentes en los tratados y convenios internacionales suscritos por Colombia, al interior del ordenamiento jurídico.²³ Por lo tanto mediante su aplicación al momento de resolver los mecanismos jurídicos internos de reparación, es dable exigir la reparación del medio ambiente de manera integral, tomando como base: jurisprudencia de las cortes internacionales como intérpretes autorizados de los instrumentos internacionales, así como los textos mismos de los tratados y convenciones suscritos por Colombia.

En Colombia el control de convencionalidad tuvo consagración constitucional con la Carta Política de 1991, cuyo artículo 93 establece que los derechos constitucionales deben ser interpretados conforme a los tratados de derechos humanos ratificados;

²¹ *Ibíd.*, p.46

²² Mesa Cuadros Gregorio, “El conflicto Colombiano también es con el Ambiente”, *UN Periódico*, 2014, edición: UN Periódico Impreso No. 174.

²³ Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Solicitud de interpretación de la sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparación y costas, trabajadores cesados vs Perú, 30 de noviembre del 2007, MP: CañadoTrinidad.

consecuentemente, “es lógico que nuestro país acoja los criterios jurisprudenciales de los tribunales creados por tales tratados para interpretar y aplicar las normas de derechos humanos. Esa doctrina internacional vincula entonces a los poderes públicos en el orden interno”.²⁴ El control de convencionalidad tiene dos bases fundamentales: (i) el control oficioso de convencionalidad, el cual debe ir más allá de la aplicación de una regla y fundamentarse en los principios que busca alcanzar, y (ii) los efectos de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, conforme a estos el control de convencionalidad tiene efectos inmediatos y vinculantes²⁵.

Sobre temas medio ambientales Colombia ha ratificado varias convenciones y tratados, tales como: la Declaración de Estocolmo (1972), la Convención de Río (1992), el Protocolo de Kioto (1998), la Convención Ramsar sobre humedales (1971), el Tratado de Cooperación Amazónica (1978), el Convenio Internacional de Maderas Tropicales (1968), el Convenio sobre Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres (1973)²⁶ y el Protocolo Adicional I y II a los Convenios de Ginebra de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional, en los cuales, como se verá más adelante, se establecen algunas disposiciones de carácter ambiental.

Adicional a esto, producto del control oficioso de convencionalidad externo, surge la denominada: “cláusula de reconocimiento de derechos implícitos”,²⁷ que consiste en reconocer derechos con base en la interpretación de los tratados, que hagan las cortes internas sobre derechos humanos. En virtud de lo anterior, el medio ambiente debe ser reconocido como un derecho implícito, pues la no reparación de los daños medioambientales afecta la dignidad y la vida de las víctimas, así como el derecho humano a la salud y el saneamiento básico. En palabras del director general de la UNESCO: “la paz duradera es premisa y requisito para el ejercicio de todos los derechos y deberes humanos”.²⁸

A nivel interno la aplicación del control de convencionalidad se evidencia en varias decisiones de las altas cortes, ejemplo de esto son las sentencias C-449 de 2015, C-577 de 2014, C-579 de 2013 y T-672 de 2014 de la Corte Constitucional de Colombia. En

²⁴[República de Colombia, Corte Constitucional, sentencia C-487, 9 de julio de 1998, MP: German Humberto Rincón Perfetti.](#)

²⁵ Así lo concluyó la Corte en el Caso Barrios Altos vs. Perú, 2001, Ramírez, M. F. *El control de convencionalidad y el sistema colombiano*, 12 de diciembre de 2009, Obtenido de Revista Iberoamericana del Derecho Procesal Constitucional num, 12, pp.163-190: <http://corteidh.or.cr/tablas/r25586.pdf>

²⁶ Parques Naturales de Colombia, *Convenios internacionales aprobados por Colombia*, Bogotá D.C., Recuperado en 3 de junio de 2016 <http://www.parquesnacionales.gov.co/portal/es/normatividad/marco-normativo-del-sistema-de-parques-nacionales-naturales/resoluciones/>

²⁷ Dulitzky Ariel, *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Primera edición, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1997, P. 42.

²⁸ *El Derecho Humano a la Paz*, UNESCO, 1997, Paris, Obtenido de Declaración del Director General de la UNESCO: <http://www.unesco.org/cpp/sp/declaraciones/HRtoPeace.htm>

esta última (T-672-14), la Corte adoptó medidas para anticipar cualquier daño o afectación al medio ambiente siguiendo principios instaurados por la Corte Internacional de Justicia; incluyó en el plan de manejo ambiental medidas de convivencia; ordenó a la Agencia Nacional de Licencias Ambientales supervisar rigurosamente esta decisión y ordenó que realice mediciones necesarias para establecer una posible contaminación por polvo de carbón.²⁹

Por su parte, la sentencia C-449 de 2015, siguiendo referentes internacionales, establece que se debe resguardar el principio pluralista, ofreciendo justicia y equidad medio-ambiental, no como concepción benevolente, sino como reconocimiento colectivo de la especie humana, la cual comparte el planeta con otros seres vivos en un nivel de interdependencia. Señaló además que la justicia con la naturaleza debe ir más allá del escenario humano y debe reconocer un valor al mundo natural³⁰.

Un parámetro relevante producto del control de convencionalidad se establece en la sentencia la C-579 de 2013, según el cual en virtud de los tratados que hacen parte del bloque, Colombia debe sancionar las graves violaciones a los derechos humanos y al Derecho Internacional Humanitario. Es decir, la justicia transicional tiene unos límites otorgados por los tratados ratificados y el *ius cogens*, los cuales deben ser respetados por la normatividad interna.³¹

En consecuencia, la exigencia del control de convencionalidad implica que tanto autoridades judiciales como administrativas cuentan con claros límites e imposiciones otorgadas por los instrumentos internacionales pertinentes. Por ende, todo el marco de justicia transicional, y en general en los acuerdos de paz, no pueden eludirse dichas exigencias: por el contrario, deben constituirse en testigo fiel de las mismas, desarrollar las obligaciones convencionalmente adquiridas por el estado Colombiano, y retirar su eficacia y aplicabilidad directa.

En este punto se pasa a estudiar los instrumentos internacionales que por vía del control de convencionalidad, hacen exigible la reparación del daño ambiental en el marco de la justicia transicional.

3.3.1. La Reparación del medio ambiente como una exigencia de convencionalidad: El Protocolo Adicional II a los Convenios de Ginebra.

En el Derecho Internacional Humanitario (DIH), la protección del medio ambiente parte especialmente del Estatuto de Roma, que en su artículo 8 (2), numeral IV, establece como *crimen de guerra*: “lanzar un ataque intencionalmente, a sabiendas de que causará pérdidas incidentales de vidas, lesiones a civiles o daños a bienes de carácter

²⁹República de Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-672, 4 de mayo de 2014, MP Jorge Ivan Palacio Palacio

³⁰República de Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-449, 2 de agosto de 2015, MP Jorge Iván Palacio Palacio

³¹República de Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-579, 2 de septiembre de 2013, MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

civil o daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente natural que serían manifiestamente excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa de conjunto que se prevea”.³²

Así mismo, la protección medioambiental durante conflictos de carácter internacional se consagra en el Protocolo adicional I a los Convenios de Ginebra de 1949, en el artículo 35, párrafo 3, en virtud del cual: “*queda prohibido el empleo de métodos o medios de hacer la guerra que hayan sido concebidos para causar, o de los que quepa prever que causen, daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente natural.*”³³

En Colombia, el Consejo de Estado aplicó las normas internacionales ya expuestas del DIH, cuando en sentencia del año 2015³⁴ el alto tribunal solicitó la reparación por daño ambiental, luego de quedar demostradas las violaciones a los bienes ambientales afectados por la explosión y vertido de hidrocarburos del oleoducto transandino, hechos ocurridos el 15 de abril de 1996 en jurisdicción del municipio de Puerres, Nariño, a causa de una acción bélica de las FARC. De esta forma, atendiendo al principio de reparación integral o *restitutum in integrum*, el alto tribunal inicialmente expresó que la reparación debe operar teniendo en cuenta la relevancia del caso y la gravedad de los hechos, todo con el propósito de reconocer la dignidad de las víctimas, reprobando las violaciones a los derechos humanos y concretar la garantía de verdad, justicia, reparación, no repetición y las demás definidas por el derecho internacional. Para el efecto, advirtió el máximo tribunal de lo contencioso administrativo, de manera oficiosa o a solicitud de parte es posible decretar las medidas que considere necesarias o coherentes con la magnitud de los hechos probados (artículo 8.1 y 63.1 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos).

Según la Corporación los ordenamientos internacionales exigen que la sentencia se pronuncie con el fin de hacer eficaz la reparación integral, expresando que la protección del ambiente natural está comprendida tanto en la Constitución Política como en Convención Americana de Derechos Humanos. Así, constitucionalmente se encuentra en los artículos 8, 49, 79 y 80; y en la Convención se consagra el derecho humano a un ambiente sano en los artículos 7(e) y 11; además indicó que la Resolución 47/37 de la Asamblea General de las Naciones Unidas relaciona la protección del ambiente en tiempo de guerra afirmándose que la destrucción del medio ambiente, no

³² Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Naciones Unidas. 1998. Internet: http://www.hchr.org.co/documentoseinformes/documentos/html/pactos/estatuto_roma_corte_penal_internacional.html

³³ Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los Conflictos armados internacionales, 1977. Internet: <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/protocolo-i.htm>

³⁴ Consejo de Estado. Sección Tercera Subsección C, Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa Bogotá; sentencia: 1-07-2015. Radicación número: 52001-23-31-000-1998-00182-01(30385).

justificada por la necesidad militar y llevada a cabo sin freno, es claramente contraria al derecho internacional en vigor.³⁵

Seguidamente, la Corporación manifestó que los hechos ocasionados en Puerres Nariño representaron la violación del Protocolo II al Convenio de Ginebra, referente a conflictos de carácter no internacional, donde la protección medioambiental se deriva fundamentalmente del artículo 14, el cual prohíbe ataques contra los bienes indispensables para la supervivencia de la población civil, tales como los artículos alimenticios y las zonas agrícolas que los producen, las cosechas, el ganado, las instalaciones y reservas de agua potable y las obras de riego; de igual forma, del artículo 15 al prohibir ataques contra obras e instalaciones que contienen fuerzas peligrosas como presas, diques y centrales de energía; y por último el artículo 16 en lo referente a la protección de bienes culturales y de lugares de culto.³⁶ Igualmente, citó el artículo 55 del Convenio I de Ginebra que regula los conflictos armados internacionales al establecer: “1. *En la realización de la guerra se velará por la protección del medio ambiente natural contra daños extensos, duraderos y graves. Esta protección incluye la prohibición de emplear métodos o medios de hacer la guerra que hayan sido concebidos para causar o de los que quepa prever que causen tales daños al medio ambiente natural, comprometiendo así la salud o supervivencia de la población; y 2. Quedan prohibidos los ataques contra el medio ambiente natural como represalias*”.³⁷

El Consejo de Estado concluyó, en la sentencia bajo estudio, que debe respetarse el derecho al ambiente sano en todas sus dimensiones, especialmente cuando se vea afectado en el marco del conflicto armado interno colombiano. En consecuencia, en la parte resolutive de la sentencia, ordenó al Gobierno Nacional la inclusión de la reparación ambiental en las discusiones de la Habana, advirtiendo que dicha orden se emitió como una consecuencia directa de las exigencias derivadas del control de convencionalidad que imponen los instrumentos internacionales ya mencionados.

3.3.2. La reparación del daño ambiental como una exigencia de convencionalidad del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH)

Cuando las instancias nacionales no brindan soluciones adecuadas a problemáticas medio ambientales y a la reparación de las mismas, es necesario acudir a instancias internacionales en búsqueda de una protección efectiva de los derechos vulnerados o

³⁵ Resolución 47/37. Protección del Medio Ambiente en tiempo de Conflicto Armado. Naciones Unidas. 9 de febrero de 1993. Internet: <http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/47/37&Lang=S>

³⁶ Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados Sin carácter internacional, 1977. Internet: <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/protocolo-ii.htm>

³⁷ Ibídem. Consejo de Estado, sentencia del 1-07-2015.

que amenacen con serlo.³⁸ Por esta razón, se propone acudir al Sistema Interamericano de Derechos Humanos (en adelante SIDH) con el fin de alcanzar la protección medio ambiental, en el escenario de que los mecanismo o vías internas, no permitan su reparación. En otras palabras, si en el marco de justicia transicional y de la puesta en marcha de los acuerdos de la Habana, no se alcanza la reparación del daño ambiental con ocasión del conflicto armado, es posible solicitar su justiciabilidad ante el SIDH, con base en los requisitos y alternativas que a continuación se proponen.

3.3.2.1. Procedimiento ante la Corte Interamericana para la Protección de Derechos Medio ambientales

La Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969) reconoce en el artículo 26 el deber de los estados de respetar los derechos económicos, sociales y culturales.³⁹ Como desarrollo de dicha disposición surge el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “Protocolo de San Salvador, 1988”,⁴⁰ que en su artículo 11 reconoce el derecho que tiene toda persona a vivir en un medio ambiente sano y a contar con servicios públicos básicos,⁴¹ de esta manera se consagra internacionalmente la protección medio ambiental⁴², que puede ser exigida por la población bajo la siguiente estructura:

Para que un caso pueda ser llevado ante la Corte debe existir, en primer lugar, una violación a alguno de los derechos humanos consagrados en la Convención Americana del cual un estado parte sea responsable. Además, el caso debe cumplir con los requisitos formales de admisibilidad, de conformidad con el artículo 46 de la Convención;⁴³ es decir, deben haberse interpuesto y agotado los recursos internos disponibles, y la petición debe ser presentada en un plazo no mayor a seis meses a partir de la notificación de la última decisión, por último el caso no deberá estar pendiente de otro procedimiento de arreglo internacional.

La reparación de los derechos humanos ocasionados por los daños ambientales se enmarca específicamente en el principio de la individualización de las víctimas. De

³⁸ Christian Courtis, Fernanda Doz Costa, Samanta Namnum García, Et al., *Guía de defensa ambiental, construyendo la estrategia para el litigio de casos ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Asociación Interamericana para la Defensa del Ambiente (AIDA), pág. (5;25), Embajada británica de México y Argentina, enero 2008.

³⁹ Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1969, entrada en vigor en 1979, página oficial de internet: <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-32.html>.

⁴⁰ Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, (“Protocolo de San Salvador) 1988, entrado en vigor en 1999. Página de internet oficial: <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-52.html>.

⁴¹ *Ibíd.*

⁴² El marco normativo colombiano reconoce al medio ambiente como un derecho colectivo (art. 88 CP y Ley 472 de 1998), sin embargo, el Protocolo de San Salvador lo dispone como un DESC. El observatori-DESC de Barcelona, también considera al medio ambiente, como un DESC.

⁴³ Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1969, entrada en vigor en 1979, página de internet oficial: <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-32.html>.

hecho, los mecanismos de protección de los derechos humanos, civiles y políticos tradicionalmente protegen a los individuos. Sin embargo, hay casos en los que dicha reparación requiere de una compensación colectiva, esto puede suceder en casos de contaminación masiva que afecten los derechos individuales de grandes grupos de personas. De este modo, en el derecho ambiental las víctimas también pueden ser colectivas, por lo cual existen acciones judiciales nacionales que son, así mismo, colectivas, tanto en su titularidad como en su legitimación.⁴⁴

Para asuntos ambientales, ante el Sistema Interamericano no puede exigirse de forma directa la violación del derecho a un medio ambiente sano consagrado en el artículo 11 del Protocolo de San Salvador,⁴⁵ debido a que no es de exigibilidad directa ante la Comisión y la Corte. Sin embargo, en estas situaciones, debe evidenciarse cómo esta afectación al ambiente desconoce también otro u otros derechos reconocidos en la Convención o la Declaración Americana, de esta manera la determinación del mecanismo indirecto a utilizar es esencial para fundamentar coherentemente las violaciones.

En consecuencia, la justiciabilidad del derecho al medio ambiente en el marco del SIDH requiere que se plantee un argumento claro de que su violación implica, por conexidad, la afectación de uno de los derechos reconocidos en la Convención Interamericana de Derechos Humanos.

3.3.2.2. Legitimación en la causa por activa y pasiva.

Para acceder al sistema Interamericano de Derechos Humanos inicialmente se debe recurrir a la Comisión, por medio de la presentación de peticiones individuales; trámite regulado en la Convención Americana y en los Estatutos y Reglamentos de la Comisión.

La legitimación por activa la tiene cualquier persona, un grupo de personas u ONG legalmente reconocida en uno o más estados miembros de la Organización; así mismo, puede ser presentada por las víctimas o sus representantes, e incluso puede iniciarse el procedimiento de oficio por la Comisión. No existen restricciones para las víctimas, sólo se exige que hayan sido efectivamente objeto de violaciones a sus derechos humanos y que un estado parte de la OEA deba responsabilizarse por ello.⁴⁶ Además, los estados también pueden presentar quejas por la violación de derechos humanos por

⁴⁴ Christian Courtis, Fernanda Doz Costa, Samanta Namnum García, Et al., *Guía de defensa ambiental, construyendo la estrategia para el litigio de casos ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Asociación Interamericana para la Defensa del Ambiente (AIDA), pág. (5;25), Embajada británica de México y Argentina, enero 2008.

⁴⁵ Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, (“Protocolo de San Salvador) 1988, entrado en vigor en 1999. Página de internet oficial: <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-52.html>.

⁴⁶ *Guía De Defensa Ambiental*, Construyendo la estrategia para el litigio de casos ante el Sistema Interamericano de derechos Humanos, Enero, 2008.

parte de otros estados, estas quejas son llamadas “comunicaciones” y sólo proceden si el estado contra el que se las interpone ha reconocido la jurisdicción de la Comisión.

La legitimación por pasiva sólo la tienen los estados miembros de la OEA. Si un particular, empresa o entidad de otro carácter es responsable directo de violaciones a los derechos humanos, su responsabilidad es exigible en el Sistema Interamericano, siempre que exista la posibilidad de demostrar la colaboración, tolerancia u aquiescencia de éstos con agentes del estado en la realización del hecho, o que el estado omitió sus obligaciones en el control de los particulares implicados en el hecho.⁴⁷

El procedimiento de peticiones individuales se inicia siempre ante la Comisión. Al culminar el trámite y si no se ha conseguido revertir o reparar la violación de los derechos, ésta puede acceder ante la Corte, siempre que el estado demandado haya reconocido la jurisdicción contenciosa de la misma.⁴⁸

3.3.2.3. Medidas de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos para garantizar la protección medio ambiental.

Las medidas cautelares⁴⁹ son actos procesales que buscan evitar la propagación del daño o lesión a los Derechos Humanos. La Comisión por iniciativa propia o por solicitud de parte, puede exigir que un estado adopte medidas cautelares en casos de gravedad y urgencia que representen un riesgo de daño irreparable a las personas o al objeto de la petición,⁵⁰ según la urgencia de la situación,⁵¹ la Comisión puede solicitar a la Corte medidas provisionales en casos en que el estado involucrado incumpla las medidas cautelares otorgadas por la Comisión, que no hayan sido eficientes o estén conectadas a un caso sometido a la jurisdicción de la Corte.⁵²

⁴⁷ Rodríguez Pinzón Diego. “Jurisdicción y competencia en las peticiones individuales del Sistema Interamericano de Derechos Humanos”. *American University Washington College of Law*. 2016. Washington D.C. American University Editorial. P. 3. Recuperado en 19 de junio de 2016, de https://www.wcl.american.edu/pub/humright/red/articulos/JurisdccionCompetencia.htm#_ftn1

⁴⁸ Si no se reconoce dicha jurisdicción el trámite termina ante la Comisión con la publicación de un informe final. Este es el informe del artículo 51 de la Convención Americana, el cual incluye las conclusiones a las que llegó la CIDH sobre la denuncia presentada y las recomendaciones realizadas al estado demandado. *Guía De Defensa Ambiental*, Construyendo la estrategia para el litigio de casos ante el Sistema Interamericano de derechos Humanos. Enero, 2008.

⁴⁹ “las medidas cautelares, son aquellos instrumentos con los cuales el ordenamiento protege, de manera provisional, y mientras dura el proceso, la integridad de un derecho que es controvertido en ese mismo proceso. De esa manera el ordenamiento protege preventivamente a quien acude a las autoridades judiciales a reclamar un derecho, con el fin de garantizar que la decisión adoptada sea materialmente ejecutada” República de Colombia. Corte Constitucional. Sala plena. C-379-04. 27 de abril de 2004. M.P: Alfredo Beltrán Sierra

⁵⁰ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. 13 de noviembre de 2009.

⁵¹ *Ibidem*

⁵² Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Reglamento de la Comisión Interamericana de derechos Humanos. Articula 76. 13 de Noviembre de 2009

Una revisión de los casos conocidos por la Corte evidencia como primera conclusión que en el Sistema Interamericano no se han resuelto casos específicos sobre violaciones al medio ambiente de manera directa. No obstante, se han desarrollado planteamientos alternativos donde se ordenan medidas cautelares y de reparación en casos de violaciones a este derecho principalmente en conexidad con otros derechos humanos. Además, la mayoría de los casos se relacionan con derechos de pueblos indígenas.⁵³

El medio ambiente puede verse afectado por diversas situaciones, por ejemplo, las afectaciones por productos y desechos tóxicos, ya que desde el año de 1900 se han introducido en Latinoamérica casi 100.000 nuevos productos químicos, los cuales en su mayoría no han sido estudiados para determinar sus efectos sobre la salud y el medio ambiente.⁵⁴ Igualmente, influyen los conflictos internos entre campesinos, grupos paramilitares y empresas, y su lucha por el acceso a los recursos naturales, generando con ello alta degradación ambiental que agudiza conflictos ya existentes relacionados con situaciones de inestabilidad política, deserción estatal y fuertes intereses económicos.⁵⁵

Por estas razones la Corte ha reafirmado la importancia de la función preventiva de medidas cautelares en la protección de derechos como: la vida,⁵⁶ la integridad física,⁵⁷ el derecho de circulación y residencia,⁵⁸ la salud, la propiedad comunal y la identidad indígena, particularmente en casos que tienen que ver con daños ambientales. De este modo, las medidas cautelares en materia ambiental, se han otorgado según el criterio de indefensión, bajo el cual se hace obligatorio para los estados, proteger a las personas vulnerables como son los niños, niñas y adolescentes, o también a comunidades que se vean afectadas por circunstancias de contaminación derivadas de actividades de empresas privadas y que a su vez constituyen la principal fuente de empleo de la población.⁵⁹

⁵³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua, 2007.

⁵⁴ Cfr. Informe sobre derechos humanos y medio ambiente en América. 2002. Pdf. pg8, 9 Capítulo productos y desechos tóxicos.

⁵⁵ Cfr. Cap. III “rendición de cuentas y derechos de las víctimas”, *Protección jurídica internacional de los derechos humanos durante los conflictos armados*, Literal A. Responsabilidad del estado por violaciones del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario, P. 78.

⁵⁶ Corte IDH, Caso Yakye Axa vs. Paraguay, sentencia de 2 de septiembre de 2004; Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri vs Perú, sentencia de 8 de julio de 2004; Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala, sentencia de 25 de noviembre de 2003; y Caso de los Niños de la Calle vs. Guatemala, sentencia de 19 de noviembre de 1999.

⁵⁷ Comisión IDH Informe No. 69/04, Caso San Mateo Huanchor vs. Perú, OEA/Ser. L/V/II.122, Doc. 5, Rev. 1, Octubre de 2004.

⁵⁸ Corte IDH, Caso Sarayaku vs. Ecuador, Medidas Provisionales, resolución de 17 de junio de 2005, págs. 12 y 13, y puntos resolutivos 1 a) y d).

⁵⁹ Christian Courtis, Fernanda Doz Costa, Samanta Namnum García, Et al., *Guía de defensa ambiental, construyendo la estrategia para el litigio de casos ante el Sistema Interamericano de Derechos*

En la jurisprudencia de la Corte Interamericana, el caso *Claude Reyes y otros vs. Chile* (2006),⁶⁰ es el único no relacionado con comunidades indígenas en el que se abarca temas ambientales. El caso mencionado se centra en el deber del estado de garantizar a la población el acceso a la información cuanto se vayan a implementar proyectos de gran impacto en su territorio y que puedan afectar sus derechos. En este sentido, la sentencia referida inicia con la negativa del estado en brindar información sobre un proyecto de deforestación a la comunidad, por tal motivo, la Corte reafirma la conexidad del medio ambiente con el derecho a la libertad de expresión prevista en el artículo 13 de la Convención Americana que tiene su alcance en la necesidad de garantizar el acceso a la información, en particular sobre temas ambientales.⁶¹

De esta manera, la percepción del acceso a un ambiente saludable y equilibrado es una forma de protección de los derechos civiles y políticos como el derecho a la información, la participación política y el desarrollo de medidas legales de protección, es decir, es la garantía de los derechos económicos, sociales y culturales lo que ha logrado que cuestiones ambientales sean incorporadas en asuntos relacionados con la protección de derechos humanos.⁶²

3.3.2.4. Protección a defensores de Derechos Humanos y medio ambientales en la Comisión Interamericana de Derechos Humanos

La hostilidad y persecución de los defensores de derechos humanos es otro aspecto que ha sido válido para otorgar medidas cautelares en el Sistema Interamericano. La Comisión ha otorgado una multiplicidad de medidas para proteger a defensores de derechos humanos, periodistas o cualquier otra persona que esté amenazada por la naturaleza de su trabajo.⁶³ Uno de los casos más simbólicos se desarrolló en el año 2006, donde la Comisión solicitó al estado de Honduras la adopción de medidas urgentes para garantizar la vida e integridad física de los líderes del Movimiento Ambientalista de Olancho (MAO), quienes eran amenazados como consecuencia de las denuncias reiteradas sobre la tala ilegal de bosques; sin embargo, las medidas cautelares fueron concedidas solo cuando dos miembros de MAO fueron asesinados.⁶⁴

En Colombia, según registros de las organizaciones de la sociedad civil, entre 2006 y 2010 se habrían cometido cerca de 68 violaciones al derecho a la vida de defensores y

Humanos, Asociación Interamericana para la Defensa del Ambiente (AIDA), pág. (5;25), Embajada británica de México y Argentina, enero 2008.

⁶⁰ Corte IDH, Caso *Claude Reyes y otros Vs. Chile* Sentencia de 19 de septiembre de 2006.

⁶¹ Corte IDH, Caso *Claude Reyes y otros vs. Chile*, Sentencia del 19 de septiembre 2006, Serie C, n° 151.

⁶² Los principales casos que ha tratado la Corte IDH son: *Comunidad de San Mateo de Huanchor vs. Perú* (2004), *Caso Yakye Axa vs. Paraguay* (2005), *Caso Sawhoyamaxa vs. Paraguay* (2006), *Comunidad Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador* (2012). Estos evidencian la conexidad que la Corte ha establecido entre medio ambiente y la protección de los derechos establecidos en la Convención.

⁶³ CIDH. "Informe sobre la situación de las Defensoras y Defensores de Derechos Humanos en las Américas", OEA/Ser. L/V/II.124, Marzo 7, 2006.

⁶⁴ Comisión IDH Informe sobre la situación de las Defensoras y Defensores de Derechos Humanos en las Américas, OEA/Ser. L/V/II.124, Marzo 7, 2006.

defensoras, incluyendo al menos cinco desapariciones forzadas.⁶⁵ La Comisión ha manifestado en sus informes que líderes sindicales, indígenas y afro descendientes, así como personas desplazadas, se encuentran en particular riesgo de sufrir ataques en contra de su vida. La Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos ha documentado un gran número de asesinatos de líderes desplazados en los departamentos de Cauca, Sucre y la región del Urabá. Así mismo, esta oficina ha determinado que la responsabilidad de gran parte de estas violaciones habría sido atribuida a agentes del estado, miembros de grupos paramilitares e integrantes de las FARC-EP.⁶⁶

Esta problemática ha conllevado que la Comisión extienda la obligación de protección del estado a aquellas personas que se encuentran en especial situación de indefensión.⁶⁷ Bajo el entendido de que intimidar y asesinar a quienes luchan por la protección integral de los recursos naturales, también es una forma de desprotección, generando una cultura de temor en contra de la defensa del medio ambiente, impidiendo con ello la toma de medidas adecuadas en situaciones de daño ambiental; por lo tanto, defender a medio ambientalistas y garantizar la seguridad de este tipo de movimientos, es parte integral de la protección que debe darse al medio ambiente.

En consecuencia, la protección a los defensores del medio ambiente y el respeto a sus derechos e integridad, se constituye en otra exigencia derivada del control de convencionalidad, en el marco de la justicia transicional y el postconflicto.

3.3.2.5. Responsabilidad del estado y reparación del daño ambiental en el SIDH.

Para determinar la responsabilidad de un estado dentro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, se deben demostrar tres elementos: el hecho, el daño y el nexo causal. En materia de medio ambiente, como quedó dicho, debe establecerse un nexo causal también con un derecho humano garantizado en la Convención, recalando que cuando se trata de daños ambientales se aplica el principio de reparación integral.⁶⁸ De esta forma, se examinará cada uno de estos elementos de responsabilidad y la reparación que se deba realizar en caso de que se configuren.

- a) **El Hecho:** Según la Comisión Interamericana de Derechos Humanos es indispensable a la hora de presentar una petición, la determinación del hecho causante de la vulneración a los derechos humanos como consecuencia de la

⁶⁵ Comisión Colombiana de Juristas, Violaciones en contra de defensoras y defensores de derechos humanos en Colombia, julio de 1996 a diciembre de 2010. Disponible en: http://www.coljuristas.org/documentos/cifras/cif_2011-02-22.pdf.

⁶⁶ Valerio De Oliveira Mazzuoli, Protección jurídica del medio ambiente en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Revista Internacional de Derechos Humanos / ISSN 2250-5210 / 2015, Año V – N 19 0 5 www.revistaidh.org

⁶⁷ Comisión IDH, Resolución 90/90, caso 9893, Movimiento Vanguardia Nacional de Jubilados y Pensionistas vs Uruguay.

⁶⁸ Cfr. *guía de defensa ambiental*. Construyendo la estrategia para el litigio de casos ante el Sistema Interamericano de derechos Humanos. Enero, 2008.

degradación ambiental.⁶⁹ No obstante, existen también otros hechos como la persecución de las personas que denuncian ese tipo de sucesos, la negación al acceso a la justicia o la discriminación de comunidades vulnerables. Sin embargo, estos factores no impiden determinar la responsabilidad objetiva internacional del estado por violaciones de derechos humanos.

- b) **El Daño y la Prueba:** En Colombia, la ley 99 de 1993 en su artículo 42 establece el concepto de daño ambiental entendido como “*el que afecte el normal funcionamiento de los ecosistemas o la renovabilidad de sus recursos y componentes*”.⁷⁰ Ahora bien, en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos se habla de daños ambientales cuando se constituye una violación de derechos humanos, debido a que de esto depende su posibilidad de judicializarlos.⁷¹ En consecuencia, la Corte indica que es fundamental establecer la prueba de calidad y existencia del daño al medio ambiente y su impacto en los derechos humanos, por ello se debe aportar y componer la prueba por un peritaje científico, que logre plasmar el impacto al ambiente, y a su vez, los efectos en la salud de las personas. En caso de no aportar dichas pruebas por dificultades económicas o técnicas, es posible solicitar ante la Comisión la realización de las mismas para comprobar la existencia de la violación de los derechos humanos, a raíz de un daño medioambiental. Acto seguido, se entra a valorar las pruebas en cada caso según lo planteado en la sentencia de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua (2001), donde reitera que “*la Corte puede valorar discrecionalmente las declaraciones que se le presenten. Para ello, puede hacer una adecuada valoración de la prueba, según la regla de la “sana crítica”, lo cual permitirá llegar a la convicción sobre los hechos alegados, en consideración con el objeto y fin de la Convención Americana*”.⁷²
- c) **Nexo Causal:** El nexo causal, es entendido como “*la relación necesaria y eficiente entre el hecho generador del daño y daño probado*”.⁷³ Así, para determinar la responsabilidad del estado dentro del SIDH se debe probar la existencia del nexo causal, bien sea por su acción, omisión o aquiescencia.⁷⁴ De este modo, a los estados les es exigible una regulación que controle las actividades de los particulares que puedan generar violaciones a los derechos humanos; por este motivo en el caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras (1988), la Corte señaló que si la contaminación al medio ambiente violatoria también de derechos humanos, es causada por entidades estatales, la

⁶⁹Ibídem.

⁷⁰ Colombia. Congreso de la República, Ley 99 de 1993. Ley General Ambiental. Internet: http://www.oas.org/dsd/fida/laws/legislation/colombia/colombia_99-93.pdf

⁷¹ Cfr. *guía de defensa ambiental*. Construyendo la estrategia para el litigio de casos ante el Sistema Interamericano de derechos Humanos. Enero, 2008.

⁷² Cfr. CIHD. Sentencia del 31 de agosto de 2001. Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua. Internet: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_79_esp.pdf

⁷³ Héctor Patiño, Responsabilidad Extracontractual y Causales de Exoneración. Universidad Externado de Colombia, julio de 2007, p 193.

⁷⁴ Comisión Interamericana De Derechos Humanos. Sistema de Peticiones y Casos, Folleto Informativo

responsabilidad internacional de éste es ineludible; estando el estado obligado a investigar toda situación en la que se hayan violado derechos humanos protegidos por la Convención.⁷⁵ Ahora, si la actividad contaminante es generada por algún particular, el estado será igualmente responsable al no controlar la actividad que vulnera los derechos humanos.⁷⁶ Es por ello, que la Comisión estableció la obligación a los estados de regular la explotación de los recursos naturales y controlar la actividad que causa el daño ambiental.⁷⁷

El principio 16 de la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo establece que el sujeto que contamina debe, en principio, cargar con los costos de la contaminación, así mismo, el principio 13 de esta misma Declaración instituye la obligación de los estados de desarrollar las legislaciones nacionales en materia de responsabilidad por daño ambiental e indemnización, respecto de las víctimas de la contaminación y degradación ambiental.⁷⁸

Por su parte, en Colombia la Corte Constitucional se ha pronunciado respecto a los daños ambientales y reparación ambiental, especialmente en la sentencia T-080 del año 2015, la cual indica que: *“el daño ambiental es por lo general permanente e irremediable, y es por ello de la mayor importancia promover ante todo su conservación y prevención. No obstante, ya producido el daño, el plan de reparación debe vincularse con una finalidad preventiva, buscando reorientar la conducta del infractor para que jamás vuelva a incurrirse en ella. La reparación así entendida constituye un elemento integrante del principio de prevención, en sentido amplio. El efecto disuasivo de la sanción o de la medida de protección ordenada, así como la restauración “in natura” del ecosistema afectado contribuyen al propósito final de preservar el medio ambiente y sus recursos.”*⁷⁹

En el SIDH se ha construido un concepto de reparación que excede los parámetros de la indemnización exclusivamente pecuniaria. La Convención Americana sobre Derechos Humanos en el artículo 63.1, establece que *“cuando se decida que hubo violación de un derecho o libertad protegida en esta Convención, la CIDH dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá así mismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o*

⁷⁵Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia del 29 de julio de 1988. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Internet: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_esp.pdf

⁷⁶*guía de defensa ambiental*, Construyendo la estrategia para el litigio de casos ante el Sistema Interamericano de derechos Humanos. Enero, 2008.

⁷⁷ *Ibíd.*

⁷⁸ Cfr. Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo. Internet: Junio 1992. <http://www.un.org/spanish/esa/sustdev/agenda21/riodeclaration.htm>

⁷⁹ Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-080 de 2015. Internet: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/t-080-15.htm>

situación que ha configurado vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada.”⁸⁰

Ahora bien, cuando se trata de daños ambientales la Convención Americana plantea que se debe aplicar el principio de reparación integral (*restitutio in integrum*), es decir volver las cosas al estado en que se encontraban antes de la violación; y en caso de que esto no sea posible, la reparación deberá hacerse por medio de formas sustitutivas, incluyendo la indemnización compensatoria, las garantías de no repetición y satisfacción.⁸¹

En este sentido, la reparación integral incluye medidas como: i) restitutorias, el otorgar tierras alternativas dentro de territorios tradicionales; ii) de satisfacción: la realización de actos públicos de reconocimiento de la responsabilidad internacional del estado o campañas de sensibilización y creación de monumentos en memoria de defensores ambientales; iii) de rehabilitación: como la atención médica y sicosocial de los miembros de la comunidad; la entrega de alimentos en calidad y cantidad suficientes; la instalación de servicios sanitarios adecuados, o dotación de materiales y recursos de estudio; iv) garantías de no repetición: ordenar al estado abstenerse de realizar actos que puedan afectar la existencia, valor, uso o goce del territorio y de las comunidades, garantizar el derecho de consulta y compartir beneficios de los proyectos, y realizar estudios de impacto ambiental, y; v) de compensación económica: pagar indemnizaciones por daños materiales e inmateriales.⁸²

4. PROPUESTAS PARA LA REPARACIÓN DEL DAÑO AMBIENTAL EN EL MARCO DE LA JUSTICIA TRANSCIONAL EN COLOMBIA.

4.1 Reparación del daño ambiental dentro del concepto de reparación integral (*restitutio in integrum*), como una exigencia del control de convencionalidad.

Si bien el daño ambiental con ocasión del conflicto armado es de grandes proporciones, en los borradores conjuntos de la mesa de negociación de la Habana se disponen someramente principios y políticas de uso de la tierra social y ambientalmente sostenible, lo cual deja entender que la variable ambiental es importante para los negociadores, pero que sigue haciendo falta en los acuerdos de paz el reconocimiento de manera expresa de unos lineamientos concretos de reparación ambiental.

⁸⁰ Convención Americana de Derechos Humanos, artículo 63.1 Internet: https://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm

⁸¹ Caso Neira y Otros, Reparaciones, septiembre 19 de 1996, pár. 38; Corte IDH Caso Loayza Tamayo, Reparaciones, noviembre 27 de 1998

⁸² Cfr. Calderón Gamboa, Jorge. Pueblos Indígenas y Medio Ambiente en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana De Derechos Humanos: Un Desafío Verde. Internet: http://www.oas.org/dil/esp/curso_derecho_pueblos_indigenas_sistema_interamericano_julio_2012_material_referencia_jorge_calderon_gamboa.pdf

Ante esta ausencia de reconocimiento, el semillero propone que la reparación por daños ambientales debe entenderse incluida dentro de la reparación integral o *restitutio in integrum*, tal como lo ordena el control de convencionalidad ampliamente expuesto a lo largo de esta ponencia, el cual reconoce su protección especialmente mediante el principio de conexidad con otros derechos que se encuentran en las constituciones nacionales como también en la Convención Americana de Derechos Humanos. Así mismo, por exigencias derivadas del Protocolo Adicional II a los Convenios de Ginebra, cuya fuerza vinculante en virtud del control de convencionalidad ya ha sido aceptada por el Consejo de Estado, específicamente en temas medio ambientales, tal como ya se expuso.

De esta manera, el semillero considera que los tribunales que se instauren a efectos de reparar a las víctimas, deben proceder al reconocimiento del daño ambiental y ordenar su reparación. Lo anterior por cuanto no se puede entender reparada integralmente a una víctima, cuando la agresión a sus derechos provino de un desastre ambiental ocasionado por las dinámicas del conflicto armado, si el medio ambiente donde ésta vive no es reparado de igual forma, asegurando el goce de los derechos humanos que se vieron transgredidos como consecuencia de este daño. De esta forma, la reparación del medio ambiente tendrá como fin garantizar los derechos individuales, DESC y colectivos, permitiendo a estas víctimas vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado.

El semillero considera que las víctimas de hechos como el presentado en el caso emblemático (Puerto Vega-Teteyé), y que fueron entrevistadas en el ejercicio de investigación, no pueden quedar por fuera de la reparación que se debe ordenar en el marco de la justicia transicional en Colombia. La reparación integral de estas víctimas, en cumplimiento de las exigencias de convencionalidad, debe conllevar también la reparación del medio ambiente en cual viven y se relacionan. Como si ello no fuera suficiente, si dicha reparación al daño ambiental no es ordenada en las instancias internas, es dable exigir su reparación a través de mecanismos internacionales tal y como quedó expuesto, arguyendo la necesidad de satisfacción del concepto de reparación integral a las víctimas, y del criterio de conexidad con sus derechos convencionalmente establecidos.

4.2 Una propuesta que cambia perspectivas: El reconocimiento del medio ambiente y la naturaleza como víctimas directas del conflicto armado, y su reparación sin requerir del criterio de conexidad con los derechos humanos.

Como se puede apreciar en capítulos anteriores, la protección y reparación medio ambiental se ve materializada tanto en nuestro ordenamiento interno como en el SIDH y DIH de una manera indirecta, ya que en algunas ocasiones el daño ambiental genera a su vez violaciones a los derechos humanos de los habitantes del sector donde se presente, y en virtud del principio de conexidad se ha ordenado reparar el daño ambiental para que cesen las transgresiones de derechos humanos. La protección termina siendo indirecta.

Esta postura antropocentrista y utilitarista del concepto de medio ambiente no solo ha limitado su protección y reparación al punto de hacerlas secundarias, sino que también imposibilita la protección y reparación del daño ambiental que se ocasione en territorios alejados o donde no habiten seres humanos, puesto que en estos no hay derechos humanos en juego; verbigracia, departamentos como Guainía, Vichada, Vaupés y Amazonas aún cuenta con bellas zonas selváticas inhabitadas, pero que no han sido ajenas del daño ambiental causado con ocasión del conflicto armado, como la deforestación con fines de cultivos ilícitos, las aspersiones aéreas de glifosato, entre otros.

Tanto el SIDH y DIH presentan una protección al medio ambiente claramente perteneciente a la postura tradicional, que acude al criterio de conexidad, y que se queda corta al intentar solucionar la problemática medio ambiental por la que no solo atraviesa el país, sino también el mundo entero. Posturas más modernas, atrevidas y progresistas se han evidenciado en Ecuador y Bolivia, países donde se incluyó en sus constituciones, a la naturaleza como un sujeto de derechos autónomo; éste avance representa una vuelta a las raíces ancestrales comunes entre los pueblos latinoamericanos, donde la madre naturaleza era concebida como un ser viviente y valioso en sí mismo, al que debía respetarse y dignificarse por ser la madre de toda las cosas. Afortunadamente, este avance no es del todo ajeno en el constitucionalismo colombiano y esto se puede apreciar en la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional permite ver un acercamiento gradual a una perspectiva ecocéntrica del concepto de medio ambiente, en la cual no solo es posible sino sumamente importante la reparación medio ambiental *per sé*. En el año 2010 la Corte consideró que *“la Constitución muestra igualmente la relevancia que toma el medio ambiente como bien a proteger por sí mismo y su relación estrecha con los seres que habitan la tierra”⁸³. La conservación y la perpetuidad de la humanidad dependen del respeto incondicional al entorno ecológico, de la defensa a ultranza del medio ambiente sano, en tanto factor insustituible que le permite existir y garantizar una existencia y vida plena. Desconocer la importancia que tiene el medio ambiente sano para la humanidad es renunciar a la vida misma, a la supervivencia presente y futura de las generaciones⁸⁴.”*

De igual manera la sentencia C-632 del 2011 da un paso más, en la cual se llega a hablar de la naturaleza como sujeto con derechos propios: *“en la actualidad, la naturaleza no se concibe únicamente como el ambiente y entorno de los seres humanos, sino también como un sujeto con derechos propios, que, como tal, deben ser protegidos y garantizados. En este sentido, la compensación ecosistémica comporta un tipo de*

⁸³ A saber, artículos como el 8 que obliga al estado y a las personas a proteger las riquezas culturales y naturales de la nación, a su vez consagra en el artículo 58 la función ecológica de la propiedad, consagra de igual manera el derecho al medio ambiente sano a todas las personas en el artículo 79, entre otros.

⁸⁴ Corte Constitucional de Colombia, 27 de julio de 2010, sentencia C-595-10, M.P Jorge Iván Palacio Palacio.

*restitución aplicada exclusivamente a la naturaleza*⁸⁵.” Afirmación reafirmada en la reciente sentencia, C-123 de 2014 donde al referirse a la complejidad que involucra el concepto de medio ambiente la Corte reconoce que sus “*elementos integrantes (...) pueden protegerse per sé y no, simplemente, porque sean útiles o necesarios para el desarrollo de la vida humana*⁸⁶”, de manera que la protección del ambiente debe superar la mera noción puramente utilitarista.

En la sentencia C-666-10 la Corte Constitucional se refiere a una concepción integral del ambiente, la cual obliga a incluir dentro de los elementos que lo componen a los animales, puestos que estos a su vez hacen parte del concepto de fauna, y por ende integrantes del concepto de naturaleza, cuya protección es contemplada en la Constitución Política; por lo cual amplía el concepto de dignidad como elemento transversal del ordenamiento constitucional, advirtiendo que este no puede ser ajeno a las relaciones que el ser humano mantiene con los otros seres sintientes. En palabras de la Corte: “*el concepto de dignidad de las personas tiene directa y principal relación con el ambiente en que se desarrolla su existencia, y de éste hacen parte los animales*⁸⁷”. Postura jurisprudencial que encontró desarrollo en la ley 1774 de 2016 que en su artículo primero consagra que los animales son seres sintientes, que recibirán especial protección⁸⁸.

Pero esta perspectiva no es exclusiva de los últimos años, ya desde 1992 esta corporación reconoce la importancia del derecho al medio ambiente sano al que no solo se refiere como “*derecho constitucional fundamental*”, sino delimitó su núcleo esencial: “*La ecología contiene un núcleo esencial, entendiendo por éste aquella parte que le es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegidos y que le dan vida resulten real y efectivamente tutelados. Se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección. Los derechos al trabajo, a la propiedad privada y a la libertad de empresa, gozan de especial protección, siempre que exista un estricto respeto de la función ecológica, esto es, el deber de velar por el derecho constitucional fundamental al ambiente*⁸⁹.”

⁸⁵ Corte Constitucional de Colombia, 24 de agosto de 2011, sentencia C-632-11, M.P Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

⁸⁶ Corte Constitucional de Colombia, 05 de marzo de 2014, sentencia C-123-14, M.P Alberto Ríos Rojas

⁸⁷ Corte Constitucional de Colombia, 30 de agosto de 2010, sentencia C-666-10, M:P Humberto Sierra Porto

⁸⁸ El semillero llama la atención que las siguientes especies animales han sido reconocidas como amenazas por circunstancias que tienen relación con el conflicto: tortuga charapa, jaguar, caimán aguja, danta, delfín rosado, paujil, mono araña y churuco. (Ver. Revista Semana, Los animales amenazados por el conflicto. En: <http://sostenibilidad.semana.com/medio-ambiente/multimedia/animales-amenazados-conflicto/33715>)

⁸⁹ Corte Constitucional de Colombia, 17 de junio de 1992, sentencia T-411-92, M.P Alejandro Martínez Caballero

Postura que ha sido esclarecida en la sentencia T-080-15, según la cual la corriente denominada “alterna” que reconoce a la naturaleza como valiosa en sí misma, tiene asiento en la Constitución misma, y que ha sido reconocida paulatinamente por la jurisprudencia de la Corte Constitucional. Entendiendo, de este modo, al medio ambiente como objetivo, derecho individual, derecho colectivo y deber; pero, advierte, reconociendo que el medio ambiente debe protegerse por su propia importancia, y no por su mera utilidad al ser humano. Advirtió la Corte: *“Se trata de ser conscientes de la interdependencia que nos conecta a todos los seres vivos de la tierra; en otras palabras, reconocernos como partes integrantes del ecosistema global (biósfera), antes que a partir de categorías normativas de dominación y utilidad. Postura que cobra especial relevancia en el constitucionalismo colombiano, teniendo en cuenta el principio de pluralismo cultural y étnico que lo soporta así como los saberes ancestrales legados por los pueblos tribales.”*⁹⁰

Esta línea jurisprudencial junto con los diversos tratados sobre medio ambiente ratificados por Colombia que en virtud del control de convencionalidad se hacen aplicables inclusive de manera oficiosa por el juez y autoridades administrativas, permiten que esta perspectiva en la cual el medio ambiente puede ser reparado per se y no en conexidad con derechos humanos deje de entenderse según esta corporación *“como un amor platónico hacia la madre naturaleza, sino la respuesta a un problema que de seguirse agravando al ritmo presente, acabaría planteando una auténtica cuestión de vida o muerte”*⁹¹.

Lo que permite concluir que la protección al medio ambiente como sujeto de derechos no solo es posible sino que también es exigible en nuestro ordenamiento interno, gracias a las posturas vanguardistas de la Corte Constitucional que así lo reconocen. Partiendo de este argumento, esto es, que la naturaleza es un sujeto de derechos, el semillero propone dar un paso adelante, e incluir al medio ambiente y la naturaleza, en sí misma considerada, como una auténtica víctima del conflicto armado. Lo anterior permitiría reparar a la naturaleza como víctima, sin necesidad de acudir al argumento de la conexidad con la vulneración de derechos humanos, y con ello garantizar la reparación en aquellos lugares donde no habita el ser humano.

Ahora bien, los borradores iniciales no contemplan una reparación ambiental directa ni el reconocimiento como víctima; sin embargo, en el mes de junio del presente año, el ministro de ambiente, declaró que se están estudiando tres estrategias de restauración ambiental en seis departamentos del país para el periodo del posconflicto; una de estas iniciativas es un plan de restauración de las zonas afectadas por el derrame de petróleo del oleoducto trasandino en Tumaco y a su vez proyectar este plan en

⁹⁰ Corte Constitucional de Colombia, 20 de febrero de 2015, sentencia T-080-15. MP. Jorge Iván Palacio.

⁹¹ Corte Constitucional de Colombia, 17 de junio de 1992, sentencia T-411-92, M.P Alejandro Martínez Caballero

zonas como el putumayo, Casanare y Arauca que han sufrido esta misma afectación⁹². Lo que deja ver que para el periodo del posconflicto el gobierno se acerca más a la postura ecocéntrica, buscando reparar el medio ambiente per se y no por conexidad de los daños causados, no solo por los atentados a la industria petrolera sino que también contempla reparación por la minería ilegal.

5. LA REPARACIÓN DEL DAÑO AMBIENTAL Y LAS EXPERIENCIAS EN OTRAS LATITUDES.

A continuación, se presenta la perspectiva internacional referente al daño ambiental, dando a conocer fallos donde se han condenado a los estados y empresas causantes de la afectación al medio ambiente, como también a los derechos de la población.

5.1. Experiencia en el contexto latinoamericano: Medio ambiente en el vecindario.

Ecuador se convirtió en el adalid de la concepción del medio ambiente como sujeto de derechos autónomo, puesto que en el año 2008 incorporó en su Constitución Política a la “naturaleza” como sujeto de derechos. Los artículos 71 y 72 hacen especial referencia al derecho de la naturaleza a que se respete integralmente y a su restauración.⁹³ En este sentido, la Corte Constitucional ecuatoriana el año 2015, resaltó que: *“la Constitución ecuatoriana tiende a un perspectiva biocéntrica de relación “naturaleza-sociedad” en la medida en que la reconoce como ser vivo y dadora de vida, por tanto, fundamenta el respeto que le deben los seres humanos en su valoración como ente titular de derecho más allá de su utilidad para las personas.”*⁹⁴

Así mismo, la Corte Provincial de Justicia de Sucumbíos en el año 2011, ordenó a la empresa Chevron reparar los daños ambientales causados por sus actividades de explotación de crudo desde 1964 en la amazonia ecuatoriana, lugar donde habitan comunidades indígenas, afro descendientes y mestizos.⁹⁵ Según la Corte, se demostró la presencia de elementos contaminantes en los suelos y recursos hídricos de la zona; por esto, decretó medidas de reparación enfocadas a recuperar los recursos naturales en la medida y la brevedad posible.⁹⁶

⁹² MEDIOAMBIENTE, “Habrá restauración ambiental en 6 regiones afectadas por el conflicto”. EL TIEMPO, 2016, editorial EL TIEMPO, <http://www.eltiempo.com/estilo-de-vida/ciencia/planes-de-restauracion-ambiental-en-departamentos-en-colombia/16631862> consultado: 28 de junio de 2016.

⁹³ Cfr. Ecuador. Constitución Política de 2008. Publicación oficial de la Asamblea Constituyente.

⁹⁴ Cfr. Ecuador. Corte Constitucional. 9 de julio de 2015. Sentencia N.º 218-15-sep-cc. caso N.º 1281-12-EP. Internet:

<https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:KsMUgfSBgeEJ:https://www.corteconstitucional.gob.ec/sentencias/relatoria/relatoria/fichas/218-15-SEP-CC.pdf+&cd=1&hl=es&ct=clnk&gl=co>

⁹⁵ Cfr. FAJARDO, Pablo; DE HEREDIA, María Guadalupe. ¿Estado constitucional de Derechos? Informe sobre derechos humanos Ecuador 2009. ABYA-YALA. Quito, Ecuador. Internet: <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/940/1/DDHH-Inf-9-Fajardo-El%20caso%20Texaco.pdf>

⁹⁶ Cfr. Ecuador. Corte Provincial de Justicia de Sucumbíos. Caso: Aguinda vs Chevron. Juicio N° 2003-0002. 14 de febrero de 2011. Internet: <http://chevrontoxico.com/assets/docs/2011-02-14-spanish-judgment-Aguinda-v-ChevronTexaco.pdf>

Por su parte, en El Salvador la Corte Suprema en el año 2015, conoce un proceso de amparo en contra de la empresa Baterías Récord, el ministerio de ambiente y asistencia social; por la vulneración del derecho al medio ambiente, a raíz de la contaminación por plomo en la zona de San Juan Opico.⁹⁷ En el proceso se logró demostrar la intoxicación crónica de quienes residían alrededor de la fábrica, como también la contaminación en el ambiente por las emanaciones de los procesos de fundición y reciclaje.⁹⁸ La decisión se fundamenta, entre otras, en la Convención Americana de Derechos Humanos, en el artículo 11, sobre el derecho a un medio ambiente sano.⁹⁹ Por ende, la Corte ordenó la adopción de medidas para la restauración y retorno del ecosistema a su estado anterior.¹⁰⁰

Por último, en Chile la Corte de Apelaciones de Arica, en el año 2005 reconoció el derecho de los demandantes a la reparación por la negligencia en el depósito de sustancia tóxicas; puesto que se produjo un daño ambiental y a la salud de las personas, por lo que resultó procedente la indemnizatoria por daño moral, por el dolor que sufre la persona en su salud por haberse introducido en su organismo elementos intoxicantes, debido a la actitud negligente de la autoridad.¹⁰¹

5.2 Tribunal Europeo: una visión tradicional

El estudio de diferentes providencias internacionales en Europa arroja como resultado que existe efectivamente la protección al medio ambiente pero esta se realiza por conexidad con derechos humanos vulnerados.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos también evidencia la vinculación entre los derechos humanos y el medio ambiente a través del artículo 8 sobre el respeto a la vida privada y familiar del Convenio Europeo de Derechos Humanos.¹⁰² En este sentido, el Tribunal estudió el caso López Ostra vs España donde debido a emisiones

⁹⁷Cfr. BERISTÁN, Carlos. El Derecho a la Reparación en los Conflictos Socioambientales. HEGOA. Instituto de Estudios sobre desarrollo y cooperación internacional, Bilbao-España.2007. Internet: [http://publ.hegoa.efaber.net/assets/pdfs/234/Derecho a la reparacion en conflictos socioambientales.pdf?1309420890](http://publ.hegoa.efaber.net/assets/pdfs/234/Derecho%20a%20la%20reparacion%20en%20conflictos%20socioambientales.pdf?1309420890)

El Salvador. Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Acción de Amparo, N° 400-2011. Internet: http://static.ow.ly/docs/Amp%20400-2011_34UR.pdf

⁹⁸ Ibíd.

⁹⁹Cfr. Convención Americana de Derechos Humanos. San José de Costa Rica el 22/11/1969 Internet: http://www.hchr.org.co/documentoseinformes/documentos/html/pactos/conv_americana_derechos_humanos.html

¹⁰⁰ Cfr. El Salvador. Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Acción de Amparo, N° 400-2011. Internet: http://static.ow.ly/docs/Amp%20400-2011_34UR.pdf

¹⁰¹ Chile. Corte de Apelaciones de Arica. 16 de mayo de 2005. Internet: <https://www.google.com.co/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwjyYyHrJTNAhVDMh4KHX2CCRAQFggBMAA&url=https%3A%2F%2Fwww.elaw.org%2Fsystem%2Ffiles%2FFallo%2520Arica.doc&usq=AFQjCNHQSEIXd6yOgL3iwBntEz9yavE-4A&sig2=3dKkvDNhGKOp3tb8JnIrPQ>

¹⁰²Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (CEDH), 1950, internet: <http://www.derechoshumanos.net/Convenio-Europeo-de-Derechos-Humanos-CEDH/articulo8CEDH.htm>

contaminantes de una planta depuradora de residuos situada cerca de viviendas familiares, se condenó a España por su actitud pasiva frente a las afectaciones a la salud de quienes habitaban dicha zona.¹⁰³

Posteriormente, en el caso Fadeyeva vs. Rusia (2005) se evidenció la contaminación ambiental producida por una planta de acero, la cual por la naturaleza de sus emisiones fue considerada una zona no habitable; sin embargo, en la práctica dicho lugar era habitado por familias a las cuales la misma planta les proveía vivienda, y a consecuencia de las emisiones tóxicas los habitantes comenzaron a padecer graves enfermedades.¹⁰⁴ Una vez conocido el caso por el Tribunal Europeo, este encontró responsable al estado de Rusia por su deber de evaluar los riesgos de contaminación y las medidas adecuadas para prevenir o reducir dicha contaminación.¹⁰⁵

Por último, en la sentencia de Öneriyildiz vs Turquía del 30 de noviembre del año 2004, se presentó una situación de contaminación por la explosión que un vertedero de desechos que no cumplía con los requisitos técnicos para su funcionamiento.¹⁰⁶ El estado de Turquía fue condenado por la omisión de proteger a las personas que por el hecho fallecieron y demás heridos, especialmente porque las autoridades no realizaron todo lo posible para resguardar a las víctimas del riesgo que se presentaba.¹⁰⁷

5.3. La reparación del daño ambiental en el África.

La Corte de Justicia de la Comunidad Económica de Estados de África Occidental, el 14 de diciembre de 2012, resolvió la demanda interpuesta por la ONG Socio Economic Rights and Accountability Project (SERAP), por violación de los derechos a un nivel de vida adecuado y un medio ambiente limpio y saludable; interpuesta en contra el presidente de la República de Nigeria, el fiscal general, y la empresa pública Nigerian National Petroleum.¹⁰⁸ La Corte constató la larga duración de la explotación petrolífera en la región que causaba la contaminación, y determinó que incumbe al gobierno de Nigeria el remediar la situación, exigir responsabilidades sobre el daño y garantizar la reparación a las víctimas, en virtud del derecho a un medio ambiente

¹⁰³Tribunal Europeo de Derechos Humanos, López Ostra vs España. Sentencia de 9 de diciembre de 1994, Aplicación no. 16798/90. Internet: [http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57905#{"itemid":\["001-57905"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57905#{)

¹⁰⁴ Cfr. Boletín electrónico de jurisprudencia internacional. Medio ambiente y vivienda, N°9. Internet: http://www.mpd.gov.ar/pdf/boletines_tematicos/Internacional%20-%202014%20-%20Medio%20ambiente%20y%20vivienda.pdf

¹⁰⁵ Cfr. ORELLANA, Marcos. Derechos Humanos y Ambiente: Desafíos para el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. American University, Washington College of Law. Washington, D.C. Internet: http://www.ciel.org/Publications/Morellana_DDHH_Nov07.pdf

¹⁰⁶ Cfr. Boletín electrónico de jurisprudencia internacional. Medio ambiente y vivienda, N°9. Internet: http://www.mpd.gov.ar/pdf/boletines_tematicos/Internacional%20-%202014%20-%20Medio%20ambiente%20y%20vivienda.pdf

¹⁰⁷ Ibíd.

¹⁰⁸ PIGRAU, Antoni; CARDESA, Antonio. Acciones entrelazadas contra daños ambientales graves: el impacto de Shell en Nigeria. Derecho PUCP Revista Facultad de Derecho, N° 70. 2013. Internet: <file:///D:/Downloads/Dialnet-AccionesEntrelazadasContraDanosAmbientalesGraves-5084729.pdf>

satisfactorio reconocido en el artículos 1 y 24 de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, que dispone que los estados miembros deben reconocer los derechos incluidos en la Carta y adoptar medidas para hacerlos efectivos.¹⁰⁹

Igualmente, la Corte Africana de Derechos Humanos, en el año 2001 condenó al estado nigeriano, por participar a través de la empresa petrolera estatal (NNPC) en la producción de petróleo, sin tomar medidas para la protección del medio ambiente y la población.¹¹⁰ En este caso la Corte aplicó los derechos de la salud y a un entorno satisfactorio consagrados en los artículos 16 y 24 de la misma Carta Africana, al igual que el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), que dispone que los gobiernos deben utilizar las medidas necesarias para el mejoramiento ambiental e industrial.¹¹¹

Finalmente, la Corte Internacional de Justicia en el año 2005 estudió el caso de República Democrática del Congo vs Uganda, por hechos ocurridos en el año de 1997, cuando Uganda propició el saqueo de los recursos naturales de la nación del Congo, sin que las autoridades militares ejecutaran alguna medida para evitarlo. De este modo, la Corte declaró que Uganda era responsable de los actos de pillaje, saqueo y explotación de los recursos naturales de la nación del Congo por violar el principio del *jus in bello*, que prohíbe la comisión de esos actos por un ejército extranjero en el territorio en que se encontrara.¹¹²

6. CONCLUSIONES

Las conclusiones de la ponencia son las siguientes:

1. El proceso de paz, no ha contemplado al medio ambiente como un sujeto de derechos que deba ser reparado como víctima. De hecho, en los acuerdos de paz se hacen menciones en pro del medio ambiente pero no se ofrecen soluciones concretas para la reparación ambiental, a pesar de que durante más de cincuenta años de conflicto ha sufrido graves daños a raíz de los cultivos ilícitos, la siembra de minas, los derrames de crudo, entre otros, los cuales han afectado en gran medida la subsistencia de las comunidades y sus territorios, efectos a largo plazo difíciles de reparar.

¹⁰⁹ África. Corte de Justicia de la Comunidad Económica de Estados de África Occidental. Internet: http://www.courtecowas.org/site2012/pdf_files/decisions/judgements/2012/SERAP_V_FEDERAL_REPUBLIC_OF_NIGERIA.pdf

¹¹⁰ Cfr. Boletín electrónico de jurisprudencia internacional. Medio ambiente y vivienda, N°9. Internet: http://www.mpd.gov.ar/pdf/boletines_tematicos/Internacional%20-%202014%20-%20Medio%20ambiente%20y%20vivienda.pdf

¹¹¹ 155/96 Centro de Acción Social y Derechos Económicos (SERAC) y Centro de Derechos Económicos y Sociales (CESR) / Nigeria. Internet: http://www.achpr.org/files/sessions/30th/comunications/155.96/achpr30_155_96_eng.pdf

¹¹² Instituto de Derecho Internacional Público y de Derecho de la Integración. Los aportes de la Jurisprudencia al Desarrollo del Derecho Internacional. Cuaderno de Derecho Internacional N° VI. Internet: <file:///D:/Downloads/CuadernoDIPVI.pdf>

2. Colombia ha ratificado varias convenciones y tratados que directa o indirectamente tratan temas medio ambientales; instrumentos que imponen obligaciones en virtud del control de convencionalidad, y que permiten dar sustento a la idea de la reparación del daño ambiental en el contexto de justicia transicional.
3. En tanto la consagración convencional y constitucional no es medida suficiente para garantizar protección ambiental, se puede acudir a instancias internacionales en busca de una protección efectiva de los derechos medio ambientales, tales como el Sistema Interamericano de Derecho Humanos, bajo el criterio de conexidad y con los requisitos y procedimiento expuestos.
4. La reparación ambiental debe entenderse incluida dentro de la reparación integral, como una exigencia derivada del control de convencionalidad. De este modo, las reparaciones que se realicen a las víctimas del conflicto deben hacer referencia a los daños causados al medio ambiente y deben ordenar las medidas concretas para repararlo de forma integral. Lo anterior permitirá garantizar los derechos individuales y colectivos a gozar de un ambiente sano cuando se conozca la verdad de los hechos, se proceda a la restitución, la indemnización, rehabilitación, satisfacción y se garantice la no repetición de las acciones que hayan causado los daños al ecosistema.
5. La protección al medio ambiente se ha hecho efectiva especialmente por medio del principio de conexidad, esto es, la relación entre medio ambiente y la afectación a los derechos humanos. De este modo, aun en el derecho internacional no se ha reconocido el derecho a un ambiente sano, ni tampoco en la mayoría de las constituciones nacionales, lo que ha dado lugar a que las acciones jurídicas para proteger el medio ambiente se emprendan cuando se violan derechos humanos o fundamentales.
6. La propuesta del semillero trata de ir más allá de proteger al medio ambiente bajo el principio de conexidad con otros derechos, sino más bien, de reconocer a la naturaleza como sujeto de derechos propios, que como tal deben ser protegidos y garantizados; al igual como se ha hecho en otras latitudes como en la Constitución Política de países como Ecuador, donde la protección del ambiente supera la mera noción utilitarista. De hecho, la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana actualmente ha reconocido al medio ambiente como bien a proteger por sí mismo, conforme al principio de diversidad étnica y cultural de la nación.
7. Reconocer a la naturaleza como un sujeto de derechos, permitirá igualmente que ésta sea reconocida como una auténtica víctima del conflicto armado interno en Colombia, y por ende que se proceda a la reparación del daño, con independencia de si dicho daño ha llevado al menoscabado de derechos humanos. La anterior postura permitiría la reparación de los daños ocurridos en lejanos parajes de la geografía nacional, y un avance constitucional y de justicia transicional que se constituiría en un auténtico aporte para procesos de paz de otras latitudes.

8. Las experiencias a nivel mundial reflejan como los sistemas internos han llevado a cabo difíciles procesos judiciales con el objeto de demostrar los daños ambientales y sociales ocasionados en determinados territorios. Los fallos que se muestran condenan a los estados por su omisión en el control de las actividades de empresas privadas dentro de sus jurisdicciones, causantes de conculcar el derecho a un medio ambiente sano, el derecho a la vida y a la salud de las personas; en consecuencia, se han impuesto medidas de reparación para que el ecosistema, en la medida de lo posible, vuelva a su estado anterior, e indemnizaciones a las comunidades por los perjuicios ocasionados. En términos generales en otros escenarios de Cortes Internacionales se ha protegido el derecho al medio ambiente por su relación o conexidad con los derechos humanos. Se resalta la postura de la Constitución de Ecuador que avanza y reconoce a la naturaleza como sujeto de derechos.

7. REFERENCIAS

1. Agencia EFE, “Uso del glifosato terminara antes de octubre: Min justicia”. *El Tiempo*, 2015, Bogotá.
2. Beristáin Carlos Martín, “El Derecho a la Reparación en los Conflictos Socioambientales”, *HEGOA*, Instituto de Estudios sobre desarrollo y cooperación internacional, Bilbao-España.2007. disponible en: http://publ.hegoa.efaber.net/assets/pdfs/234/Derecho_a_la_reparacion_en_conflictos_socioambientales.pdf?1309420890.
3. Bordenave Sofia, Piccolotti Romina, “Productos y desechos tóxicos, Informe sobre derechos humanos y medio ambiente en América”, Washington, 2002.
4. Camacho Adriana, Zimmerman María Lourdes, Corso Germán, “Biodiversidad, oportunidad de innovación hacia la paz y la justicia en Colombia”, *Instituto de investigación de recursos biológicos Alexander Von Humboldt* Colombia, disponible en: <http://www.humboldt.org.co/es/noticias/actualidad/item/763-biodiversidad-oportunidad>.
5. Campos Encinales Laura, Gutiérrez Carolina, Lizcano María Fernanda, “Cuando el blanco de guerra es el petróleo”, *Semana*, 2015, Bogotá.
6. Calderón Gamboa Jorge, “Pueblos Indígenas y Medio Ambiente en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana De Derechos Humanos: Un Desafío Verde” OSA. disponible en: http://www.oas.org/dil/esp/curso_derecho_pueblos_indigenas_sistema_interamericano_julio_2012_material_referencia_Jorge_calderon_gamboa.pdf
7. Colombia, FARC-EP, “Política de desarrollo agrario integral”, Borrador conjunto, 2014, Cuba, disponible en: www.mesadeconversaciones.com.co/sites/default/files/Borrador%20Conjunto%20%20Pol_tica%20de%20desarrollo%20agrario%20integral.pdf.

8. Carbonell Miguel, “Introducción general al control de convencionalidad”, primera edición, *Porrúa - UNAM*, México, 2011, disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3271/11.pdf>.

9. Comisión IDH, “Sistema de Peticiones y Casos”, Washington, 2012, disponible en: http://www.oas.org/es/cidh/docs/folleto/CIDHFolleto_esp.pdf

10. Comisión IDH, “Informe sobre la situación de las Defensoras y Defensores de Derechos Humanos en las Américas”, 2006, disponible en: <https://www.cidh.oas.org/countryrep/Defensores/defensorescap6-8.htm>.

11. Comisión Colombiana de Juristas, “Violaciones en contra de defensoras y defensores de derechos Humanos en Colombia”, 2011, disponible en: http://www.coljuristas.org/documentos/cifras/cif_2011-02-22.pdf.

12. Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Cap. II, órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, *ABC de la CIDH*, 2013.

13. Departamento Nacional de Planeación. Dividendos Ambientales de la Paz, marzo 2016. Disponible en: <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Prensa/Presentaciones/Dividendo%20Ambienta%20de%20la%20Paz%20FINAL%202016-03-16.pdf>.

14. Fajardo Pablo, “De Heredia María Guadalupe, ¿Estado Constitucional de Derechos?”, Informe de Derechos Humanos, Ecuador, 2013, disponible en: <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/940/1/DDHH-Inf-9-Fajardo-El%20caso%20Texaco.pdf>

15. García Ramírez Diego, “Diálogo jurisprudencial y control de convencionalidad”, Vídeo del Instituto Colombiano de Derecho Procesal, 2014, disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=C67CtwgtmV8>.

16. Instituto de Derecho Internacional Público y de Derecho de la Integración. “Los aportes de la Jurisprudencia al Desarrollo del Derecho Internacional”. *Cuaderno de Derecho Internacional* N° VI. I, Argentina, 2011.

17. Lorenzetti Ricardo Luis. “Teoría del derecho ambiental”, Colección internacional no. 2, *Editorial Temis S.A*, Bogotá, 2011.

18. Lorduy Maldonado Cesar, “Herramientas o instrumentos constitucionales y legales para la defensa de los recursos naturales y el medio ambiente”, *Revista de Derecho: División de ciencias jurídicas de la Universidad del Norte*, N°. 16, 2001, Barranquilla, Publicaciones Universidad del Norte, ISSN 0121-8697.

19. Ministerio Público de la Defensa, “Medio ambiente y vivienda, derechos económicos, sociales y culturales, Boletín Electrónico de La Jurisprudencia Internacional, Numº9, Disponible en <http://www.mpd.gov.ar/pdf/boletinesmaticos/I%202014%20-%20Medio%20ambiente%20y%20vivienda.pdf>

20. Mosso Ramos, “Justice Benfeito.” Disponible en: www.courtecowas.org/site2012/pdf_files/decisions/judgements/2012/serap_v_federal_republic_of_nigeria.pdf

21. Naciones Unidas, derechos humanos, “Cap. iii rendición de cuentas y derechos de las víctimas”, protección jurídica internacional de los derechos humanos durante los conflictos armados, Geneva, Italia, Publishing Service, 2012.

22. Orellana A Marcos, “Derechos humanos y ambientes: desafíos para el sistema Interamericano de derechos humanos”, American University, Washington College of Law, Washington, disponible en: http://www.ciel.org/Publications/Morellana_DDHH_Nov07.pdf

23. Organización de los Estados Americanos, “Sobre las medidas cautelares”, CIDH, Washington, 2011, disponible en: www.oas.org/es/cidh/decisiones/sobre-cautelares.asp.

24. Parques Naturales de Colombia, Min. Ambiente, “Convenios internacionales aprobados por Colombia”, disponible en: <http://www.parquesnacionales.gov.co/portal/es/normatividad/marco-normativo-del-sistema-de-parques-nacionalesnaturales/resoluciones/>.

25. Patiño Héctor, “Responsabilidad Extracontractual y Causales de Exoneración”, *revista de derecho privado* N° 14, 2016, disponible en: revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/download/555/525.

26. Pigrau Antoni; Cardesa Antonio, “Acciones entrelazadas contra daños ambientales graves: el impacto de Shell en Nigeria”, *Revista Facultad de Derecho*, N° 70, 2013, disponible en: revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/viewFile/6752/6869.

27. Pinzón Rodríguez Diego, Jurisdicción y competencia en las peticiones individuales del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, Washintong D.C, American University Editorial, 2016, disponible en: https://www.wcl.american.edu/pub/humright/red/articulos/JurisdccionCompetencia.htm#_ftn1.

28. Quinche Ramírez Manuel Fernando, “El control de convencionalidad y el sistema colombiano”, *Revista Iberoamericana del Derecho Procesal Constitucional*, 2009, núm., 12, pp.163-190, <http://corteidh.or.cr/tablas/r25586.pdf>.

29. Redacción Negocios, “La paz nos va a permitir sacar más petróleo por zonas vedadas por el conflicto”. *El Tiempo*, 2016. Bogota.

30. Rincón Plazas Elmer Ricardo “¿Cómo funciona el control de convencionalidad?”, *revista Iter Ad Veritatem*, No. 11, 2013, disponible en: <http://www.juecesyfiscales.org/images/stories/articulos/como funciona el control de convencionalidad.pdf>.

31. Rodríguez Becerra Manuel. “El medio ambiente: La víctima olvidada”, *Semana*, 2015, Bogota.

32. Social and Economic Rights Action Center and Center for Economic and Social Rights / Nigeria, 30th Ordinary session held in Banjul, Banjul, 2001. Disponible en: www.achpr.org/files/sessions/30th/comunications/155.96/achpr30_155_96_eng.pdf

33. UNESCO, “El Derecho Humano a la Paz. Obtenido de Declaración del Director General de la UNESCO Paris, Francia, 1997, disponible en: <http://www.unesco.org/cpp/sp/declaraciones/HRtoPeace.htm>.

34. Vallejo Gabriel, “El tema ambiental no es ajeno a la negociación en la Habana”, *Semana*, 2015, Bogotá.

LA SECCIÓN DE REVISIÓN DEL TRIBUNAL ESPECIAL
PARA LA PAZ:
UN ANÁLISIS CON EL FIN DE EVITAR UN EVENTUAL CONFLICTO
INTERJURISDICCIONAL, INTERPRETACIONES CONTRA CONVENCIONALES Y
POSIBLES FACULTADES SUPRACONSTITUCIONALES*

Semillero de Derecho Procesal de la
Universidad de los Andes**

*Laurenth Alba Chaparro, Pablo Felipe Aldana Hernández
María Elvira Borrero Trujillo, Sergio Téllez Casallas
Laura Lozano Medina*

Director del grupo de semilleros: *Horacio Cruz Tejada*^I
Coordinador: *Ricardo Andrés Ricardo Ezqueda*^{II}

* Artículo inédito. Recibido 02 de septiembre de 2016 – Aprobado el 27 de noviembre 2017.

Para citar el artículo: ALBA CHAPARRO, Laurenth; ALDANA HERNÁNDEZ, Pablo Felipe; BORRERO TRUJILLO, María Elvira; et al. La sección de revisión del tribunal especial para la paz: Un análisis con el fin de evitar un eventual conflicto interjurisdiccional, interpretaciones contra convencionales y posibles facultades supraconstitucionales. *Revista de Derecho Procesal Contemporáneo – ICDP*. No. 4, Enero – Junio de 2016. Bogotá: Instituto Colombiano de Derecho Procesal. pp. 112-117.

Este artículo es la base de la ponencia presentada por los autores en el XVII Concurso Internacional de Estudiantes de Derecho - Nivel Pregrado, que se realizó en el marco del XXXVII Congreso Colombiano de Derecho Procesal, celebrado del 31 de agosto al 2 de septiembre del 2016, en la ciudad de Medellín.

** Los autores son estudiantes que conforman el grupo de semillero de investigación en Derecho Procesal de la Universidad de Los Andes.

^I Docente de la Universidad de los Andes, miembro del Instituto Colombiano de Derecho Procesal y director del Semillero de Derecho Procesal.

^{II} Semillero (2014) y coordinador del grupo de semilleros de investigación de la Universidad de Los Andes.

Resumen

La Jurisdicción Especial para la Paz es una de las apuestas más relevantes y ambiciosas que ha diseñado el Gobierno colombiano para alcanzar la reconciliación social. El presente trabajo tiene como objetivo contribuir a la construcción de paz en Colombia, bajo el marco de la misma. En este sentido, nos proponemos a identificar falencias de la Sección de Revisión del Tribunal Especial para la Paz, relacionadas, principalmente, con la facultad de para pronunciarse sobre decisiones de cualquier entidad que contradigan los fallos de la JEP. Este presupuesto, derivaría en la creación de un ordenamiento jurídico supraconstitucional donde la Sección de Revisión se encontraría por encima de la Corte Constitucional, máxima protectora de nuestra Carta Política. Así, bajo este entendido, esbozamos una serie de propuestas para que la implementación del modelo de justicia transicional, no sea contraria a la integridad e institucionalidad de nuestro ordenamiento, evitando así un posible resurgimiento de los choques de trenes entre las altas cortes.

Palabras Clave: Justicia Transicional, Sección de Revisión, conflictos interjurisdiccionales, sustitución constitucional, rol ausente de la víctima, órgano de cierre, control de convencionalidad

Abstract

The Especial Jurisdiction for Peace (EJP) is a new temporal branch of justice to solve matters concerning the armed conflict. Implementing is one of the most ambitious challenges the colombian government has faced in order to achieve peace and reconciliation. In this paper, we will criticize the judicial review functions of the EJP. Concretely, we will challenge the EJP's appeal bench (Sección de Revisión) power to overrule legislative, regulatory, administrative and judicial decisions of any entity that contradicts the judgments of the EJP. This power could potentially even allow them to overrule the decisions of the Constitutional Court of Colombia, establishing a supra constitutional legal order. In an attempt to avoid this, we developed proposals to formulate provisions in the law governing the EJP to preserve the integrity of Colombia's constitutional order and its rule of law institutions, and to prevent interjurisdictional conflicts or human rights violations.

Key words: Review Section, interjurisdictional conflicts, constitutional substitution, lack of victim participation, closing instance, conventional control.

Introducción

Colombia se ha visto inmersa en un conflicto armado por más de 50 años. Durante este tiempo la sociedad civil ha sido víctima del miedo y del dolor producto de la guerra. Sin embargo, la esperanza de construir una paz duradera basada en políticas sociales y diálogo

nunca se quebrantó. En el 2012 La Habana se convirtió en un escenario de ilusiones cuando el Gobierno Nacional anunció el inicio de diálogos de paz con las FARC. A pesar de los momentos críticos que ha atravesado este proceso, el optimismo que produjo esta noticia se ha mantenido durante cuatro años de conversaciones. Sin lugar a dudas, esta espera ha dado frutos pues hace pocos días se anunció el cese al fuego bilateral entre el Ejército Nacional y las FARC lo cual, es un síntoma claro de que si bien la paz es aún lejana, el camino hacia esta se encuentra frente a nosotros. Debido al entusiasmo que se percibe en el ambiente varios medios de comunicación han denominado a nuestra generación como la generación de la paz. Es evidente que a pesar de ser solo un nombre este trae consigo grandes responsabilidades, entre las que sobresale aportar de manera activa a la construcción de la tan anhelada paz. Por consiguiente, este aporte no sólo debe estar cargado de ilusiones que motiven a la sociedad colombiana a luchar por la paz, sino que debe ser sumamente realista y estar cimentado sobre bases sólidas y duraderas. Bajo este marco, como estudiantes de derecho y futuros abogados, resaltamos que no pretendemos que este ensayo sea un manifiesto contra el proceso de paz ni la implementación de un modelo de justicia transicional en Colombia. Por el contrario, esta ponencia, identificará problemas del Acuerdo y otorgará soluciones para impulsar la construcción de nuestro país.

Para cumplir con nuestro objetivo, nos centraremos en el análisis de las facultades de la Sección de Revisión del Tribunal Especial para la Paz (TEP), debido a que esta se puede convertir en el nuevo órgano de cierre de todo el sistema jurídico colombiano, incluso por encima de la Corte Constitucional; máxima guardiana de la integridad y supremacía de la Carta Política. Para desarrollar lo anterior, primero, se construirá una definición de justicia transicional, se abordarán los tres casos más recientes de su implementación y se expondrán los antecedentes del caso Colombiano. Segundo, se describirá el Acuerdo para las Víctimas del Conflicto concretamente, los procedimientos ante el TEP. Tercero, se enunciarán las facultades de la sección de revisión del TEP. Cuarto, se analizará la aplicación del control de convencionalidad a los procedimientos de esta sección enfatizando en la participación de las víctimas. Quinto, se estudiarán las implicaciones que tendría la sección de revisión en el ordenamiento jurídico colombiano. Sexto, se hará énfasis en la tercera facultad de revisión, debido a que esta genera los mayores problemas jurídicos. Por último, expondremos un acápite de proposiciones y conclusiones.

1. Marco Teórico

1.1. Construcción de la Definición de Justicia Transicional

Actualmente, la justicia transicional no cuenta con una definición única, debido a la complejidad que enmarca el concepto y sus diferentes matices dependiendo del contexto histórico en el que se desarrolla. Con el fin de elaborar una conceptualización propia, tomaremos las definiciones de dos importantes académicos a nivel nacional e internacional como lo son Ruti Teitel y Rodrigo Uprimny, en aras de incorporar conceptos creados en épocas y contextos distintos. Lo anterior, teniendo en cuenta que la justicia transicional ha sido aplicada no solo en casos de transiciones de guerra a paz, sino también en cambios de regímenes dictatoriales a democráticos. Así, a pesar de que ambas transiciones se encajan

bajo un mismo título, son procesos que acarrear diferencias pues, cada país decide según su política y sistema jurídico como materializarlo.

En primer lugar, Teitel define la justicia transicional como: “la concepción de la justicia asociada con períodos de cambio político, que se caracterizan por las respuestas legales que se generan para hacer frente a las malas acciones de los regímenes represivos predecesores”¹. Mientras que, Rodrigo Uprimny la define como aquella expresión que: “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, o bien por la finalización de un conflicto interno armado y la consecución de la paz”². Así pues, tomando los puntos convergentes de ambas definiciones y teniendo en cuenta el contexto colombiano, entenderemos por justicia transicional *el conjunto de cambios legales que se llevan a cabo para generar transformaciones del orden social y político de un país con el fin de hacer una transición de una situación de conflicto armado interno a la paz.*

1.2. Casos recientes y de cercana aplicación de Justicia Transicional

Para el presente apartado se presentarán los casos más recientes y relevantes de justicia transicional que guardan similitudes con el conflicto armado en Colombia y al presente proceso derivado de los Acuerdos de la Habana. En este sentido se analizarán las semejanzas con el caso Salvadoreño, Sudafricano e Irlandés.

En primer lugar, entre 1980 y 1992 **El Salvador** tuvo un periodo de guerra civil entre el Estado y el Frente Farabundo Martí para la Liberación Nacional (FMLN) debido a que mientras el primero estaba buscando fortalecer la derecha del país con el apoyo de las fuerzas armadas, el segundo buscaba eliminar a los militares y fortalecer las transformaciones sociales³. Dicho enfrentamiento llevó a varias masacres, represiones y exterminios tales como: la Matanza del Río Sumpul; el asesinato de Monseñor Oscar Arnulfo Romero; y el homicidio de los sacerdotes Jesuitas. A partir de lo anterior, fue posible la continuidad de los militares en el poder y se facilitó que la “represión política perdurará mediante ataques hacia la población civil, a través de asesinatos, desapariciones, prácticas sistemáticas de torturas, violaciones y masacres”⁴.

Posterior a esta época de violencia, se firmó el Acuerdo de Paz entre el Estado salvadoreño y el FMLN luego de arduas negociaciones. Fruto de este acuerdo nació la Comisión de la Verdad para fomentar la verdad, el perdón y la reconciliación, siempre teniendo como objetivo la paz. En efecto lograron esclarecer varios autores de graves violaciones, pero

¹ Teitel, Ruti. “*Transitional Justice Genealogy*”. Harvard Human Rights Journal, vol. 16. 2003, p 69.

² Uprimny, Rodrigo. *¿Justicia transicional sin transición? Verdad, justicia y reparación para Colombia*. Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad. DeJuSticia. Bogotá - Colombia. 2003, p.13.

³ Buergethal, Thomas. “*La comisión de la verdad para El Salvador*”. [En línea]. Consultado el 30, mayo, 2016. Disponible en: <http://bibliohistorico.juridicas.unam.mx/libros/5/2061/6.pdf>.

⁴ Organización de las Naciones Unidas (ONU). *De la locura a la esperanza: la guerra de 12 años en El Salvador*. Informe de la comisión de la verdad para El Salvador. 1992-1993. Naciones Unidas.

excluyeron el componente de justicia, pues la Comisión solo podía hacer recomendaciones. Así, en cuanto a la justicia, no se cumplieron los requisitos mínimos de objetividad e imparcialidad para impartirla. Por ejemplo, se “manipularon las designaciones de magistrados, jueces, del Fiscal General de la República y de otros funcionarios”⁵. Además, las víctimas tuvieron que acudir al Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) para intentar proteger sus derechos. No obstante, el Estado salvadoreño decidió no acatar las recomendaciones realizadas por la Comisión Interamericana (Comisión IDH) ni por la Corte Interamericana (Corte IDH), tal como ocurrió en el caso de las hermanas Cruz Serrano⁶, obstaculizando así el acceso a la justicia y frenando el proceso de reparación a las víctimas. En conclusión, en el contexto salvadoreño a pesar de que se logró llevar verdad a las víctimas, estas no fueron reparadas integralmente y hubo un gran componente de impunidad y olvido.

En segundo lugar, **Sudáfrica** estuvo sumergido durante cinco décadas en el *apartheid* caracterizado por la exclusión política y las graves violaciones de derechos humanos contra la población negra, mestiza, y de ascendencia asiática. Tras la liberación de Nelson Mandela en 1991 el Parlamento abolió la legislación fundamental del *apartheid*. En 1993 se acordó establecer un régimen democrático “no racial ni sexista basado en el principio de una persona un voto”⁷. En 1994 Mandela fue elegido presidente, iniciando así una época de transición con la promulgación de la Ley de Promoción de Unidad Nacional y Reconciliación y la creación de la Comisión de la Verdad. A pesar de que este proceso planteó fuertes bases en materia de justicia transicional, se considera que los tres elementos verdad, justicia y reparación no fueron cumplidos a cabalidad. De hecho, este caso se reconoce como un proceso de perdón amnésico, tal como lo plantea su propia Constitución de 1993: “con el fin de avanzar en la reconciliación y la reconstrucción del país, deberá otorgarse amnistía en relación con todo acto, omisión u ofensa asociada con motivos políticos y en el curso de los conflictos del pasado”⁸.

Pese a que destaca esfuerzo que realizó la Comisión de la Verdad al reconciliar a víctimas y victimarios, frente a la reparación, el gobierno no pudo resarcir a todas las familias afectadas por falta de recursos. Además, esta se realizó en modalidad de pago único, lo cual no tuvo una buena acogida debido a que es “una compensación que no guarda relación con las necesidades individuales. No se ha intentado ni evaluar las necesidades ni los daños sufridos por cada víctima”⁹. Por último, es importante destacar que el componente de justicia estuvo

⁵ Fundación para el Debido Proceso Legal. “*Las víctimas y la justicia transicional ¿Están cumpliendo los Estados latinoamericanos con los estándares internacionales?*” Washington, DC. Fundación para el Debido Proceso Legal. 2010.

⁶ Corte IDH. Caso de las hermanas Cruz contra El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 marzo de 2005;

⁷ Fundación para el Debido Proceso Legal. *Op. Cit.* Nota 5

⁸ Constitución de la República de Sudáfrica. Acto 200 de 1993. Capítulo 15, artículo 251. Consultada el 4, abril, 2016. Disponible en: <http://www.gov.za/documents/constitution/constitution-republic-south-africa-act-200-1993>

⁹ Varney, Howards. “*Ignorando sus deudas justicia, Sudáfrica Fracasa ante las víctimas del apartheid*”. [Entrevista transcrita] Realizada: 14 de enero, 2014. Consultada el 4 de abril, 2016 Disponible

ausente durante el proceso. En efecto, “los autores de violaciones de los derechos humanos que estaban dispuestos a confesar sus crímenes [...] se les otorgaban amnistías totales”¹⁰. Asimismo, la impunidad se visualizó en los pocos juzgamientos realizados por crímenes contra los derechos humanos. Por ejemplo, “en 1996 sólo tuvo lugar el juzgamiento del antiguo comandante del Vlakplaas Eugene de Kock”¹¹. En este sentido, a pesar de que se lograron sanar profundas heridas causadas por las graves violaciones a los derechos humanos, “la ausencia de responsabilidades y castigos dificulta la garantía de no repetición de los crímenes”¹². En conclusión, en Sudáfrica primó la verdad y la reparación sobre la justicia, causando un alto nivel de impunidad impidiendo la garantía de una paz estable y duradera.

En tercer lugar, el conflicto en **Irlanda** surge por problemas tanto políticos como religiosos. Así, a lo largo de su historia se crearon grupos que lucharon por la independencia de Irlanda del Norte. En el año 1905, se fundó la organización Política Sinn Fein y el Ejército de la República de Irlanda (IRA)¹³. Posteriormente, desde los años setenta, surgieron varios grupos al margen de la ley caracterizados por sus manifestaciones violentas y discriminatorias contra la población civil. Ante esta situación, el proceso de justicia transicional inició con el Acuerdo de Downing Street, el cual buscó integrar a las partes involucradas e instaurar la dejación de las armas por parte del IRA para su nacimiento como partido político. Así, en las elecciones de 1996, se incluyó al partido político de izquierda Sinn Fein que facilitó las conversaciones con los grupos al margen de la ley, conllevando al Acuerdo de Belfast¹⁴.

Las negociaciones empezaron el Viernes Santo 10 de abril de 1998 y duraron 21 meses. En este punto, se debe resaltar que para iniciar las conversaciones se creó un manual de procedimiento para la toma de decisiones, estableciendo como principio fundamental el consenso entre las partes¹⁵. En otras palabras, se fijaron reglas mínimas para negociar, tal como se efectuó en el caso colombiano, dividiendo esta por ejes, para abordar cada frente con las respectivas partes. En consecuencia, se firmó el Acuerdo de Viernes Santo, el cual supuso grandes avances en temas políticos y constitucionales. En cuanto a la justicia transicional, mediante la creación de la Comisión de la verdad, basada en los mismos principios de su homónima sudafricana, se llevó verdad y reparación a las víctimas. Sin embargo, al otorgarse amnistías a combatientes, que no tenían causas pendientes con la justicia, se creó cierto grado de impunidad.

[en://www.ictj.org/es/news/ignorando-sus-demandas-de-justicia-sudafrica-fracasa-ante-las-victimas-del-apartheid](http://www.ictj.org/es/news/ignorando-sus-demandas-de-justicia-sudafrica-fracasa-ante-las-victimas-del-apartheid)

¹⁰ *Ibid.*

¹¹ *Ibid.*

¹² *Ibid.*

¹³ Mc Carney, Clem. “*Haciendo balance: El proceso de Paz en Irlanda*”. Centro de Investigación por la paz Gernika Gogoratuz. 2001.[En línea] Consultado el: 5, abril, 2016. Disponible en: <http://www.gernikagogoratuz.org/web/uploads/documentos/0083b9c416829d85c778090e9b3702cebb1445f8.pdf>

¹⁴ Mc Carney, Clem. *Op. Cit.* Nota 13.

¹⁵ Mc Carney, Clem. *Op. Cit.* Nota 13.

Para concluir, se resalta que a nivel mundial se han desarrollado varios procesos de justicia transicional de guerra a la paz o de dictadura a democracia. En algunos ha primado la verdad sobre la justicia y la reparación, en otros la justicia penal, y en otros la impunidad y el perdón amnésico. En el caso colombiano, el gobierno propone un proceso de justicia transicional nunca antes visto. En efecto, plantea un Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y Garantías de no Repetición (SIVJRNR) que incluye mecanismos judiciales y extrajudiciales para lograr la máxima satisfacción de las víctimas en el proceso, situándolas como el centro del mismo. Por ello, no es posible aplicar precedentes internacionales al caso colombiano, precisamente porque las instituciones creadas con los Acuerdos son nuevas en el ámbito internacional. Sin embargo, en el caso colombiano es posible ver la herencia de procesos anteriores: (i) El salvador tuvo un proceso con un grupo armado al cual posteriormente se le concedió participación política, similar a lo acordado con las FARC; (ii) en Irlanda se establecieron principios inamovibles para negociar, idea acogida para la mesa de la Habana; y (iii) En Sudáfrica, se creó una Comisión para asegurar el esclarecimiento de los hechos, sirviendo de fundamento para el caso colombiano, donde se instauró una institución semejante.

1.3. Intentos de Justicia Transicional en Colombia

Durante los 50 años de guerra que hemos padecido en Colombia han existido varios intentos para lograr la paz. Sin embargo, los mecanismos jurídicos no han sido completamente satisfactorios, por el contrario, han demostrando falencias entre las que resaltan la afectaciones a derechos fundamentales. Teniendo en cuenta lo anterior, para entender los Acuerdos y el nuevo desarrollo de justicia transicional, es indispensable realizar un recuento histórico de la evolución jurídica en esta materia. En primer lugar, el Congreso aprobó la Ley 782 de 2002, reglamentada por el Decreto 128 de 2003, que permitía realizar negociaciones con los paramilitares y otorgar indultos a miembros de aquellos grupos que no fueran responsables de delitos atroces. Frente a esta Ley surgieron varios inconvenientes, el más grave fue la incertidumbre jurídica sobre aquellos paramilitares responsables de crímenes atroces, debido a que no se sabía si se les podía otorgar el indulto o si serían juzgados.

En segundo lugar, en aras de defender la reconciliación, el gobierno propuso ante el Congreso en 2003 el proyecto de ley sobre la *Alternatividad Penal*. Dicho proyecto, fundamentado en la justicia restaurativa, proponía la concesión de un indulto a los actores armados que aceptaran desmovilizarse que repararan a las víctimas y que cumplieran con los requisitos establecidos en dicho proyecto; sin importar la gravedad del delito¹⁶. Con lo anterior, parecía que las aspiraciones de los paramilitares, de no pasar ni un día en la cárcel¹⁷,

¹⁶ Proyecto de Ley sobre Alternatividad Penal. *Gaceta del Congreso* No. 436 de 2003

¹⁷ Declaración de Salvatore Mancuso, líder y vocero paramilitar del momento, en una audiencia en el Congreso. Ver “Vinieron, hablaron y se fueron. Armando Neira relata en exclusiva para SEMANA.COM los detalles de la polémica visita de los paramilitares al Congreso”, *Semana.com*, julio 29 de 2005.

se cumplirían reduciendo la justicia transicional a una justicia restaurativa insignificante¹⁸. Ante ello, la comunidad internacional criticó fuertemente el Proyecto debido a que se camuflaba la impunidad de delitos de lesa humanidad, violentando los derechos humanos de las víctimas¹⁹. Ante esta situación, el gobierno retiró el proyecto de ley y se preparó para presentar uno nuevo.

En tercer lugar, como consecuencia de los fuertes ataques al Proyecto anterior, el gobierno decidió cambiar su discurso para otorgarle importancia al castigo penal de los actores armados y a los derechos de las víctimas. Para ello, se promulgó la Ley 975 de 2005 conocida como la Ley de Justicia y Paz. Bajo esta los paramilitares presuntamente responsables debían confesar los delitos que habían cometido; luego la Fiscalía debía verificar la veracidad de dicha confesión y formular cargos; si el paramilitar aceptaba esos cargos y cumplía otros requisitos legales, el juez otorgaba una pena alternativa de máximo 8 años de restricción de la libertad, en caso contrario se imponía la pena ordinaria²⁰. No obstante, si bien dicha Ley trataba superficialmente los tres principios fundamentales de la justicia transicional, recibió varias críticas debido a que no se cumplían a cabalidad con los presupuestos de justicia, verdad y reparación²¹. En efecto, los problemas fueron los siguientes: primero, la pena alternativa de 5 a 8 años, si confesaban, era injusta con relación a los delitos, debido a que no se tomaba en consideración la gravedad de estos. Segundo, no se estableció “la pérdida de beneficios penales en caso de confesiones falsas o incompletas”²². Por lo cual, si la Fiscalía determinaba que el desmovilizado era partícipe de un crimen que no había confesado, este podía allanarse y recibir la pena alternativa²³. Tercero, no se efectuó una reparación integral puesto que no cumplía con los parámetros determinados por los órganos internacionales²⁴.

En cuarto lugar, la Corte Constitucional mediante la Sentencia C-370 de 2006 corrigió las falencias ilustradas y ponderó la búsqueda de paz con los derechos de las víctimas. Por ello

¹⁸ Uprimny, Rodrigo y Saffon, María Paula. “*Justicia transicional y justicia restaurativa: tensiones y complementariedades*”. [En línea] Consultado en: abril, 10, 2016. Disponible en: <http://www.icbf.gov.co/portal/page/portal/PortalICBF/Especiales/prueba/Bienestar/SRPA/Tab/JT-y-JR.pdf>

¹⁹ Sin autor. “¿Alternatividad penal o proyecto de perdón, olvido e impunidad? Semana, diciembre 12, 2013. Disponible en: <http://www.semana.com/opinion/articulo/alternatividad-penal-proyecto-perdon-olvido-impunidad-ii/62866-3>

²⁰ Colombia. Congreso de la República. Ley 975 de 2005. (Julio 25). Por la cual se dictan disposiciones para la reincorporación de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz nacional y se dictan otras disposiciones para acuerdos humanitarios. Diario Oficial 45980 de julio 25 de 2005.

²¹ La OACNUDH declaró el 4 de enero de 2006 que la LJP no amparaba adecuadamente los derechos de las víctimas. Disponible en <http://www.hchr.org.co/publico/comunicados/2006/comunicados2006.php3?cod=1&cat=64>

²² Uprimny, Rodrigo. “*Las Leyes de Justicia y Paz en Colombia*” 2011. [En línea] Consultado el 15, abril, 2016. Disponible en: www.eunomia.tirant.com/wp-content/uploads/2011/05/Uprimny_Leyes-Justicia-y-Paz.doc

²³ *Op. Cit.* Nota 21.

²⁴ La Comisión IDH emitió un comunicado crítico sobre se pronuncia frente a la LJP el 15 de julio de 2005, disponible en: <http://www.cidh.org/Comunicados/Spanish/2005/26.05.htm>

concluyó que era necesario restringir el valor objetivo de justicia y los derechos de estas, “puesto que de lo contrario, por la situación fáctica y jurídica de quienes han tomado parte en el conflicto, la paz sería un ideal inalcanzable”²⁵. En este punto se recalca que junto con la Ley, se crearon instituciones para hacer su adecuada implementación. Por ejemplo, (i) las salas de justicia y paz en los Tribunales Superiores de Medellín, Barranquilla, Bogotá y Bucaramanga encargados de juzgar a los desmovilizados; (ii) la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación para las víctimas; y (iii) el Centro de Memoria Histórica, para realizar una narrativa del Conflicto e informar al público.

Posteriormente, a partir del 2008 se aprobaron distintas leyes destinadas a satisfacer los derechos de las víctimas por vía administrativa o judicial, para su reparación. Por ejemplo: (i) el Decreto 1290 establece la indemnización por vía administrativa para aquellas víctimas de grupos armados al margen de la ley. Así, a pesar de que le otorgó una reparación económica por violaciones a derechos humanos, el Decreto falló al no incluir las víctimas de agentes estatales²⁶. (ii) En búsqueda de la verdad, se promulgó la Ley 1424 de 2010 que establece un mecanismo no judicial para contribuir al esclarecimiento de los hechos. Así, aquellos desmovilizados que confesaran y que suscribieran el Acuerdo, tendrían beneficios jurídicos. (iii) Se aprobó en 2011 la Ley 1448 que plantea un conjunto de medidas de reparación integral a las víctimas, a saber, rehabilitación, restitución de tierras, compensación económica entre otras. Sin embargo, los mecanismos para su implementación no han sido efectivos y se ha “negado de forma absoluta la participación de las víctimas en el proceso”²⁷. Adicionalmente, se crearon nuevas instituciones para intentar implementar dicha norma como los jueces de tierras, la Unidad para la Atención y Reparación de Víctimas y la Unidad de Restitución de Tierras.

Por último, en el 2012 se realizó una reforma constitucional conocida como el Marco Jurídico para la Paz por medio del Acto Legislativo 01. Tras su expedición la Corte Constitucional, ejerciendo el control abstracto de constitucionalidad, sentó las bases de la justicia transicional y los mínimos legales que deben cumplirse de acuerdo a los estándares nacionales e internacionales. Así, autorizó la creación de mecanismos extrajudiciales, estableció los criterios de priorización y selección de casos, autorizó la suspensión de la ejecución de la sanción y la renuncia a la persecución penal para los hechos no seleccionados; y creó la Comisión de la Verdad entre otros. Dicha reforma constitucional planteó las bases para implementar y crear los mecanismos de justicia transicional

²⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-370 de 2006. Mp. Dr. Manuel José Cepeda Espinosa, Dr. Jaime Córdoba Triviño, Dr. Rodrigo Escobar Gil, Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra, Dr. Álvaro Tafur Galvis Y Dra. Clara Inés Vargas Hernández.

²⁶ Cano, María y Caro, Octavio. “Las grandes dificultades de la reparación administrativa de las víctimas de la violencia en Colombia. Algunos comentarios respecto a la Implementación del decreto 1290 de 2008”. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de Medellín, Vol, 41, No. 115. p.451-497. Disponible en: <http://www.scielo.org.co/pdf/rfdcp/v41n115/v41n115a08.pdf>

²⁷ Asociación de Cabildos Indígenas del Norte del Cauca. “Los problemas de la ley de víctimas y restitución de tierras”. Consultado el 16 de abril, 2016. Disponible en: <http://www.nasaacin.org/noticias/3-newsflash/4562-los-problemas-de-la-ley-de-victimas-y-restitucion-de-tierras>

cumpliendo los tres principios fundamentales. Sin embargo, debido a su poca concreción dejó un largo camino para lograr la transición de la guerra a la paz cumpliendo con los estándares nacionales e internacionales²⁸.

1.4. El Acuerdo de la Habana

El actual proceso de Paz colombiano, entre el gobierno y las FARC, inicia en 2012 con la instalación de la Mesa que tendría como agenda seis puntos a desarrollar: el primero, comprendía la política del desarrollo agrario integral; el segundo, la participación política; el tercero, el fin del conflicto; el cuarto, la solución al problema de las drogas ilícitas; el quinto, las víctimas; y el sexto, la implementación, verificación y refrendación del Acuerdo. En el siguiente análisis tendremos principalmente en cuenta los puntos cinco y seis del Acuerdo relativos a las víctimas y a la implementación del sistema de justicia propio denominado Jurisdicción Especial para la Paz. Este Acuerdo, establecido en el Borrador Conjunto del 15 de Diciembre de 2015, tiene como pilares el reconocimiento de la verdad por parte de las FARC, el resarcimiento de las víctimas, y la protección de sus derechos. Para cumplir con estas finalidades, se implementará un sistema judicial extraordinario que tendrá la función de juzgar a los actores del conflicto y reparar a las víctimas. La JEP estará conformada por los siguientes órganos: Sala de reconocimiento de verdad, de responsabilidad y de determinación de los hechos y conductas; el Tribunal Especial para la Paz (TEP) como órgano de cierre de la JEP²⁹; Sala de Amnistía o Indulto; Sala de Definición de Situaciones Jurídicas; y la Unidad de Investigación y Acusación.

Dentro del Acuerdo de Víctimas, se escinden dos tipos de procedimientos; por un lado, uno que hemos denominado administrativo para aquellos que han cometido delitos amnistiables e indultables o susceptibles de otros tratamientos especiales equivalentes. Por otro lado, se establece un proceso de carácter jurisdiccional de conocimiento del TEP para aquellos que han cometido delitos no amnistiables ni indultables y que tuvieron una participación determinante en los crímenes más graves y representativos dentro del conflicto armado interno. Esta función judicial se ejercerá de manera autónoma y preferente respecto los temas relacionados con el Conflicto. Adicionalmente, se fundamenta en los marcos jurídicos de referencia que incluye el Derecho Internacional en materia de DDHH y el DIH³⁰. Respecto a los procedimientos en el TEP existen tres escenarios para el procesado

²⁸ Colombia. Congreso de la República. Acto legislativo 01 de 2012 (31 de julio 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”.

²⁹ Mesa de Conversaciones para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera (Mesa de Conversaciones). Comunicado Conjunto #64. Acuerdo sobre las Víctimas del Conflicto. 2015. Pag 30.

³⁰ “El TEP se encargará de [administrar justicia e investigar, esclarecer, perseguir y sancionar] las graves violaciones a los derechos humanos y las graves infracciones al Derecho Internacional Humanitario (DIH) que tuvieron lugar en el contexto y en razón del conflicto armado”. Presidencia de la República. ABC Jurisdicción Especial para la Paz. 2015. Disponible en: <http://equipopazgobierno.presidencia.gov.co/prensa/declaraciones/Paginas/acuerdo-victimas-abc-jurisdiccion-especial-para-paz.aspx>

que conlleven a sanciones diferentes. El primero de ellos es cuando existe un reconocimiento de la verdad y la responsabilidad por los actos cometidos desde el inicio del proceso ante la Sala de Reconocimiento³¹. El segundo, será para aquellos que con posterioridad reconozcan responsabilidad antes de la sentencia emitida por la primera instancia del tribunal³². El tercero, será para aquellos que no reconozcan responsabilidad y sean hallados culpables en juicio contradictorio³³.

2. La Sección de Revisión del TEP

2.1. Facultades de la Sección de Revisión

Además de proferir sentencias dentro del marco de los escenarios mencionados, el TEP contempla una serie de recursos entre los que destaca la revisión de cualquier decisión adoptada por un órgano jurisdiccional u otra autoridad perteneciente o no a la JEP,³⁴ a partir de las facultades otorgadas a la Sección de Revisión. Como se explicará, esta facultad la denominamos *recurso de revisión* teniendo en cuenta la teleología de dicha institución. En este punto, se debe aclarar que hemos tomado la Sección de Revisión como elemento de estudio principal debido a que plantea diferentes situaciones problemáticas que consideramos pueden acarrear un déficit de protección a las víctimas y al condenado, conflictos interjurisdiccionales, una grave inseguridad jurídica o una posible sustitución de la Constitución.

Para efectos de este trabajo hemos decidido dividir la revisión en dos categorías, externa e interna. La primera hace referencia a la revisión que hará la mencionada Sección de las sentencias y providencias de otras autoridades con funciones jurisdiccionales. La segunda, revisará sentencias y providencias de la JEP³⁵. Esta última, no presenta mayores inconvenientes para el ordenamiento jurídico, razón por la cual nos enfocaremos en el estudio de la denominada revisión externa. Pues creemos que debido a su naturaleza, impacta de forma importante el diseño institucional planteado por la Carta Política, que como más adelante se explicará, puede generar conflictos interjurisdiccionales e incluso una posible sustitución de la Constitución. Del mismo modo, creemos que la forma en que están descritas las facultades de revisión externa, dan lugar a varias ambigüedades y presentan vacíos, que si no son llenados de forma adecuada, pueden llegar a vulnerar los derechos de las partes del proceso.

El Acuerdo contempla tres casos en los que la revisión externa tendrá lugar. El **primero**, descrito en el literal a) del numeral 58 y en parte del numeral 33, establece que la revisión

³¹ El procesado tendrá como sanción una función retributiva y una función restaurativa de realización de obras y trabajos de reparación del daño causado. Adicionalmente, tendrá una restricción efectiva de la libertad de 5 a 8 años. De acuerdo al punto 75 del Acuerdo inciso 3.1. Pág. 45.

³² El procesado tendrá una pena privativa de la libertad de 5 a 8 años en condiciones carcelarias ordinarias. Punto 75 inciso 3.2 del Acuerdo Pág. 48

³³ El procesado tendrá como sanción una pena privativa de la libertad de 15 a 20 años en condiciones carcelarias ordinarias. Punto 75 inciso 3.3 del Acuerdo. Pág. 49.

³⁴ Mesa de Conversaciones. *Op. Cit.* Nota 29. Punto 58.

³⁵ *Ibid.* Literal d) del Punto 58.

procede sobre condenas impuestas por la justicia a solicitud de la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas, con el fin de que la Sección de Revisión decida la sanción que corresponda, sin agravar la pena inicial. Asimismo, se extiende esta facultad, esta vez a petición del sancionado o investigado, para casos de sanciones o investigaciones disciplinarias o administrativas, excluyendo la reapertura de una investigación penal.

El **segundo**, establecido en el literal b) del numeral 58 del Acuerdo, según el cual la Sección está facultada para: “A petición del condenado, revisar las sentencias proferidas por la justicia por inexistencia del hecho o por error manifiesto en su calificación jurídica, por conductas cometidas con ocasión del conflicto y en relación con este, o con la protesta social, siempre que se cumplan las condiciones del Sistema.”

El **tercero**, es el contemplado en el literal g) del numeral 58 el cual encomienda a la Sección de Revisión la función de examinar y decidir sobre cualquier decisión adoptada por (i) un órgano jurisdiccional u (ii) otra autoridad que pretenda dejar sin efecto (a) una amnistía (b) un indulto o (c) cualquier otra medida adoptada por el Sistema Integral de Verdad Justicia Reparación y no Repetición. Al analizar la decisión, la Sección verificará si la misma infringe los principios del Sistema Integral. Es de notar que la revisión contemplada en este literal, a diferencia de las anteriores, recae sobre decisiones posteriores a la entrada en vigencia de la JEP.

2.2. Aplicación del Control de Convencionalidad al Recurso de Revisión: el rol del condenado y de la víctima

Una vez descrita de manera general la revisión de sentencias y condenas, se harán observaciones a esta facultad respecto de los parámetros que impone la normativa y jurisprudencia internacional en materia de derechos humanos. En este sentido, se analizará la participación, tanto del condenado como de la víctima, en el proceso de revisión y se harán observaciones sobre la forma en que está planteada dicha facultad en el Acuerdo. En concordancia con este propósito, el numeral 19 enuncia que uno de los principales marcos jurídicos de referencia es el Derecho Internacional de los DDHH. Por consiguiente, consideramos conveniente enfatizar en el control de convencionalidad que tendrán que realizar las autoridades públicas colombianas³⁶ para que la JEP esté acorde con la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH o la Convención Americana). El propósito de dicho control es verificar *ex officio* la compatibilidad de las normas y demás prácticas internas con la CADH, la jurisprudencia de la Corte IDH y los demás tratados internacionales ratificados por Colombia en materia de DDHH. Por lo cual, el ejercicio del control de convencionalidad puede implicar la supresión de normas contrarias a la CADH

³⁶ “El control de Convencionalidad es una obligación que corresponde a toda autoridad pública en el ámbito de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. Sin embargo tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de las acciones o recursos en el ordenamiento interno”. En Corte IDH. Caso Radilla Pacheco Vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2009, párr. 339

o bien su interpretación conforme a esta, dependiendo de las facultades de cada autoridad pública³⁷. En efecto, “(...) cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional (...) 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 mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin(...)”³⁸. Lo anterior no debe entenderse de manera restrictiva puesto que la Corte IDH dispuso que “todas las autoridades y órganos de un Estado Parte en la Convención tienen la obligación de ejercer un ‘control de convencionalidad’”³⁹, no solo los jueces y tribunales.

Así mismo, en el Control de Convencionalidad debe tenerse en cuenta el “*corpus juris*”⁴⁰ de los derechos humanos⁴¹. Teniendo en cuenta lo anterior, las providencias que emiten los órganos de otros sistemas de protección de DDHH diferentes del interamericano, pueden llegar a ser parte de este. Precisamente, es el caso de las resoluciones del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas⁴² (el Comité), por ser el órgano autorizado para interpretar y vigilar la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y

³⁷ Corte IDH. Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos No 7: Control De Convencionalidad. Pág. 6. Disponible en <http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/controlconvencionalidad8.pdf>

³⁸ Salmón, Elizabeth. El Derecho Al Debido Proceso En La Jurisprudencia De La Corte Interamericana De Derechos Humanos. Bogotá. Universidad del Rosario, 2012., pág. 25.

³⁹ Corte IDH. Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014. Párr. 497

⁴⁰ El *corpus juris* del Derecho Internacional de los Derechos Humanos está formado por un conjunto de instrumentos internacionales de contenido y efectos jurídicos variados (tratados, convenios, resoluciones y declaraciones) en OC-16/99. Párr. 115. Por ejemplo en el caso Niños de la Calle, la Corte IDH utilizó disposiciones de elementos universales no contractuales, las Reglas de Beijing y las Directrices de Riad –ambas contenían disposiciones relativas a derechos de los niños–, que en sentido estricto son lo que la doctrina del derecho internacional llama “*Soft law*”. “La Corte Interamericana no se refiere a esos instrumentos en cuanto fuente de obligaciones para el Estado, pero sí se refiere al contenido de ciertas reglas y directrices como descriptivas de deberes que incumben al Estado.” En O’Donnell, Daniel. Derecho Internacional de los Derechos Humanos: normativa, jurisprudencia y doctrina de los Sistemas Universal e Interamericano. 2da Ed. 2012. Pág. 57. Disponible en http://hchr.org.mx/images/doc_pub/DerechoIntlDDHH_Odonnell_2edicion.pdf

⁴¹ Según Suárez Osma la inclusión del Corpus Juris como parámetro de Convencionalidad, comenzó en votos concurrentes del Juez García Ramírez y formalmente “*en las últimas sentencias contra Guatemala, primero en Masacres de Río Negro y luego en Gudiel Álvarez*”. En Suárez Osma, Ingrid. Control De Convencionalidad Y Autoprecedente Interamericano. n.p.: Bogotá : Ibáñez : Universidad de la Sabana, 2015. Pág. 117. Respecto de la primera sentencia, la Corte IDH afirmó que el control de convencionalidad debe realizarse “*entre las normas internas y los tratados de derechos humanos de los cuales es Parte el Estado*”. En Corte IDH. Caso Masacres de Río Negro Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de septiembre de 2012, párr. 262.

⁴² El Comité de Derechos Humanos es el órgano de expertos independientes que supervisa la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos por sus Estados Partes. El primer “Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos” estipula que todo Estado parte en el Protocolo reconoce la competencia del Comité para recibir y examinar las denuncias de individuos sometidos a su jurisdicción y que pretenden ser víctimas de una violación por parte de un Estado suscriptor del Pacto, en cuanto a los derechos establecidos dentro del tratado.

Políticos. En efecto, sus decisiones deben ser empleadas para la interpretación de las normas de la Convención Americana⁴³.

Ahora bien, el Comité se ha pronunciado sobre los procedimientos relativos a la modificación de una sentencia, como es el propósito del mecanismo de revisión propuesto en el Acuerdo. La jurisprudencia del Comité ha reconocido que “en los procesos penales, el derecho al debido proceso se aplica tanto a la determinación de la responsabilidad penal como a la determinación de la pena”⁴⁴. Así, se admite que “existe también una jurisprudencia, aunque no extensa, que reconoce la aplicabilidad del debido proceso a procedimientos judiciales o administrativos que pretenden anular una condena firme o modificar una sentencia, es decir, procedimientos que son posteriores a la fase de apelación y por lo tanto no forman parte del proceso en sí”⁴⁵. En el caso *Everton Bailey contra Jamaica* el Comité concluyó que la modificación de una condena, sin permitir la participación del condenado, es violatoria del debido proceso por tener este el derecho a ser oído y a contar con las debidas garantías procesales, particularmente, a participar en el procedimiento y a tener una decisión motivada⁴⁶. Teniendo en cuenta que el recurso de revisión externo de la JEP se enmarca dentro de los supuestos de hecho del fallo mencionado anteriormente, las normas que regulen y desarrollen esta jurisdicción deben tener en cuenta, que a la hora de efectuarse la revisión de una condena, sentencia o sanción, se deben respetar las garantías del debido proceso y permitir la participación del condenado pues el punto 14 del Acuerdo impone que en todas las actuaciones de la JEP se respetarán los derechos fundamentales del debido proceso.

En lo referente a la participación del procesado en los procedimientos ante el TEP, este deberá tener en cuenta, para cumplir con el requisito de realizar el control de convencionalidad en la revisión de sentencias o condenas proferidas por la justicia, el derecho a “hallarse presente en el proceso”. Cabe aclarar que si bien esta garantía no se

⁴³ En el mismo sentido las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) deben ser tenidas en cuenta por ser este el intérprete autorizado del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950 (Convención Europea de Derechos Humanos). Es de resaltar la influencia que tiene el TEDH en la Corte Interamericana, pues para febrero de 2012 esta última en ha hecho referencia a la jurisprudencia de este en 159 de 239 fallos (66%) lo que revela la importancia que se le dan a dichos fallos ya sea para ganar legitimidad como para expandir o cambiar su jurisprudencia, lo cual refleja una posición universalista y garantista de los derechos humanos. Ver Burgorgue-Larsen, Laurence y Montoya Cespedes, Nicolas. *El Diálogo Judicial entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Europea De Derechos Humanos*. En Bandeira, Urueña y Torres (Coordinadores). *Protección Multinivel de Derechos Humanos: Manual*. Red de Derechos Humanos y Educación Superior. 2013. Pág. 189. Disponible en https://www.upf.edu/dhes-alfa/materiales/res/pmdh_pdf/Cap6.pdf.

⁴⁴ O’Donell, *Op. Cit.* Nota 40. Pág. 487; CIDH, Caso 12.430, Roberto Moreno Ramos vs. Estados Unidos, 28 de enero de 2005, párr. 48. En este mismo sentido véase Caso 12.421, Javier Suárez Medina vs. Estados Unidos, 24 de octubre de 2005, párr. 86.

⁴⁵ O’Donell. *Op. Cit.* Nota 40. Pág. 487.

⁴⁶ Comité de DD. HH. Comunicación No. 709/1996. Caso *Everton Bailey v. Jamaica*. Párrs. 3.7 y 7.5.

menciona expresamente en la CADH⁴⁷ creemos aplicable el razonamiento hecho por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH)⁴⁸ el cual “(...) ha manifestado que es de ‘importancia capital’. [Pues] (...) ‘resulta difícil ver’ de qué manera puede una persona ejercer el derecho a defenderse personalmente, interrogar y contrainterrogar a testigos (...) ‘sin estar presente’⁴⁹. Dicho derecho está ampliamente relacionado con el derecho a la defensa⁵⁰ el cual implica que en una audiencia oral se debe “(...) permitir que [la persona por sí misma o a través de un representante legal] se defienda con propiedad, (...) con conocimiento de todos los elementos que puedan obrar en su contra en el expediente”⁵¹. El derecho en cuestión se extiende también a la fase de apelación, al respecto la jurisprudencia del TEDH ha dicho que “(...) no se habían violado los derechos de un acusado (representado por un abogado) al que no se permitió estar presente durante la parte de su apelación que abordaba únicamente cuestiones jurídicas. No obstante, el Tribunal declaró que la ausencia del acusado cuando el tribunal consideraba si modificar la sentencia a la luz de factores tales como el carácter del propio acusado, su móvil y su peligrosidad incumplía la obligación del Estado de garantizar el derecho del acusado a defenderse en persona”⁵². Esto es de vital importancia para los mecanismos de revisión externa, como los contemplados en el Acuerdo, pues deben permitir que los condenados, por sí mismos o a través de un representante legal, expongan en audiencia oral los fundamentos de hecho y de derecho por los cuales consideran que la sentencia o condena debe ser modificada.

Por otro lado, el recurso de revisión debe tener en cuenta que el eje central de la JEP son las víctimas, y en ese sentido su participación se hace necesaria incluso en los procedimientos de revisión de sentencias y condenas⁵³. Por lo cual, debido a los vacíos encontrados en cuanto a la participación de la víctima en el procedimiento mencionado, consideramos pertinente hacer extensiva la interpretación del corpus iuris internacional para que, el derecho que tiene el condenado de hacerse presente en el proceso, se le reconozca también a la víctima.

⁴⁷ “El artículo 8.2.d de la Convención Americana garantiza al acusado el derecho a defenderse. El derecho a hallarse presente en el proceso es inherente a ese derecho, al igual que el derecho a una audiencia (artículo 8.1) y a interrogar a los testigos (artículo 8.2.f).” En Amnistía Internacional. Manual de Amnistía Internacional: Juicios Justos. 2da Ed. 2014. Pág. 169. Disponible en <https://www.amnesty.org/download/Documents/8000/pol300042014es.pdf>

⁴⁸ El derecho a hallarse presente en el proceso tampoco se menciona expresamente en la Convención Europea de Derechos Humanos.

⁴⁹ Amnistía Internacional. *Op. Cit.* Nota 47. Pág. 169. Citando los casos del TEDH: *Hermi vs. Italia* (18114/02), Gran Sala (2006), párrs. 58-59, *Sejdovic vs. Italia* (56581/00), Gran Sala (2006), párr. 81, *Colozza vs. Italia* (9024/80) (1985), párr. 27.

⁵⁰ Amnistía Internacional. *Op. Cit.* Nota 47. Pág. 169.

⁵¹ Comisión IDH. Informe N° 50/00. Caso 11.298. Reinaldo Figueredo Planchart Vs. Venezuela. 13 De Abril De 2000. Párr. 112; Comité de DD.HH. Comunicación No. 1298/2004. Caso Manuel Francisco Becerra Barney vs. Colombia. 2006. Párr. 7.2.

⁵² Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Aplicación 25878/94. Caso *Cooke vs. Austria*. 2000, párrs. 36-44.

⁵³ El Acuerdo consagra la participación de las víctimas como principio integral del Sistema Integral en los siguientes términos “La discusión sobre la satisfacción de los derechos de las víctimas de graves violaciones de derechos humanos e infracciones al Derecho Internacional Humanitario con ocasión del conflicto, requiere necesariamente de la participación de las víctimas, por diferentes medios y en diferentes momentos”. *Op. Cit.* Nota 34. Principio N° 4. Pág. 1

Igualmente, Abuchaibe expresa su preocupación en los siguientes términos: “los derechos de las víctimas ya habían sido objeto de un amplio reconocimiento como prioridad en el desarrollo de las políticas públicas y las acciones que el Estado ha desarrollado en el marco de la justicia transicional. Pese a lo anterior, y a lo reiterativo del Acuerdo en que las víctimas son el centro del mismo, del texto se desprende que su participación queda supeditada a un reglamento. Sólo hay una referencia expresa en lo que respecta a los supuestos de priorización y selección”⁵⁴.

Teniendo en cuenta dicha falencia del Acuerdo, se deben considerar los parámetros establecidos por el SIDH en lo relativo a la participación de las víctimas de graves violaciones de DD.HH.⁵⁵. Esta se justifica desde la óptica de los derechos a una reparación efectiva y a un juicio justo, consagrados en los artículos 25.1 y 8.1 de la Convención Americana respectivamente. Según Ochoa, una interpretación teleológica y sistemática de dichos derechos debe partir por reconocer que las graves violaciones de derechos humanos no solo afectan los derechos fundamentales de los individuos, sino también destruyen las relaciones sociales de las víctimas con la sociedad⁵⁶, de ahí que el interés de saber la verdad de lo sucedido no solo importa a estas sino también es de interés público⁵⁷. Dada la importancia mencionada, la participación de las víctimas en los procedimientos penales es relevante y justificable pues cumple una función reparadora ya que, además de reducir la impunidad,⁵⁸ -al contribuir al esclarecimiento de los hechos⁵⁹ y a la sanción de los responsables-⁶⁰ reafirma la dignidad de estas⁶¹, repara el tejido social roto⁶² y aumenta la

⁵⁴ En el mismo sentido manifiesta que el texto del acuerdo “limita algunos principios como el debido proceso y la seguridad jurídica exclusivamente frente a los actores armados que se sometan al sistema, debiendo ampliarse el alcance a las víctimas y terceros (...). Se incluye como principio la adopción de decisiones que otorguen plena seguridad jurídica para quienes participaron en el conflicto armado, pero no se hace ninguna referencia a la seguridad jurídica frente a las víctimas, la sociedad en su conjunto y terceros. En el punto 14 se incluye como principio el respeto a los derechos fundamentales (debido proceso, defensa, asistencia de abogado, presunción de inocencia y la imparcialidad de los magistrados), todos referidos a los que se sometan a la justicia pero no a las víctimas, como por ejemplo el derecho a recurrir, a participar de las distintas instancias, controvertir las versiones de los imputados, etc.”. Abuchaibe, Heidi. *La Jurisdicción Especial para la Paz*. En Fundación Internacional Baltazar Garzón. *El quinto acuerdo de la Habana: Análisis y recomendaciones para la implementación del Acuerdo Víctimas y Justicia en Colombia*. Bogotá. 2016. Págs. 32 - 34

⁵⁵ “Los familiares de las víctimas y las víctimas sobrevivientes deberán tener pleno acceso y capacidad de actuar, en todas las etapas e instancias de dichas investigaciones, de acuerdo con la ley interna y las normas de la Convención Americana” Corte IDH. Caso del Caracazo Vs. Venezuela. Sentencia de 29 de agosto de 2002. (Reparaciones y Costas). Párrs. 118 y 143.1.

⁵⁶ Hamber, Brandon. *Transforming Societies after Political Violence: Truth, Reconciliation, and Mental Health*. Dordrecht: Springer. 2009. Págs 22 - 25.

⁵⁷ Corte IDH. Caso 19 Comerciantes contra Colombia, sentencia de 5 de julio de 2004. (Fondo, Reparaciones y Costas). Párr. 259.

⁵⁸ Cassel, Douglass. “The Inter-American Court of Human Rights,” in *Due Process of Law Foundation* (ed.), *Victims Unsilenced: the Inter-American Human Rights System and Transitional Justice in Latin America* 151. 2007. Washington D.C. Pág. 151.

⁵⁹ Corte IDH. Caso de la Masacre de La Rochela vs. Colombia. Sentencia de 11 de Mayo de 2007 (Fondo, Reparaciones y Costas). Párr. 195.

⁶⁰ Corte IDH. Caso Las Palmeras Vs. Colombia. Sentencia de 6 de diciembre de 2001. (Fondo). Párr. 59; Caso De La “Masacre De Mapiripán”. Vs. Colombia. Sentencia De 15 Septiembre De 2005. Párr. 216.

percepción de justicia y legitimidad de los procedimientos desde un punto de vista de justicia procesal ya que diversos estudios han mostrado que la exclusión procesal es una de las principales críticas por parte de las víctimas de graves violaciones de DD.HH y graves infracciones al DIH⁶³. En este sentido, el derecho a un juicio justo debe adecuarse a la reparación de dichas víctimas, permitiendo el acceso y la participación directa de estas, en razón del interés legítimo que ellas ostentan por ser las principales perjudicadas⁶⁴. Así, en el procedimiento de revisión, las víctimas que se vieron directamente afectadas por las condenas que se pretenden revisar,⁶⁵ deben tener la oportunidad, ya sea a través de representante legal⁶⁶ o por sí mismas⁶⁷, de exponer ante el Tribunal su versión de los hechos y de presentar los motivos por los cuales consideran que la reducción de la condena debería ser menor a la que pretende el condenado o, en su defecto, las razones por las cuales no debería proceder la extinción de responsabilidad.

3. Implicaciones en el ordenamiento jurídico colombiano del recurso de revisión

Ahora bien, una vez estudiado el Acuerdo a la luz de las principales normas internacionales, es preciso analizar el mismo al interior del ordenamiento jurídico colombiano. Para ello, se estudiarán las dos primeras facultades de la Sección de revisión descritas en los literales a) y b) del punto 58 del Acuerdo. Posteriormente, se dedicará un apartado para el estudio

⁶¹ Ochoa, Juan Carlos. *The Rights of Victims in Criminal Justice Proceedings for Serious Human Rights Violations*. Martinus Nijhoff. 2013. Pág. 177; Beristain, Carlos Martín. *Diálogos sobre la Reparación: Experiencias en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Vol. I. Instituto Interamericano de Derechos Humanos. 2008. Pág. 183.

⁶² Stover, Erick. *The Witnesses: War Crimes and the Promise of Justice in The Hague*. University of Pennsylvania Press. 2005. Págs. 126, 134.

⁶³ Dicha teoría afirma que el derecho de las personas a “presentar sus argumentos” en juicio confirma su pertenencia dentro del grupo social y juega un papel determinante en la percepción de la justicia en los procedimientos legales. En Tyler, Tom. *Why People Obey the Law*. Princeton University Press. 2006. Págs. 117, 137, 175–176; Ochoa, Juan Carlos. *Op. Cit.* Nota 61. Pág. 237.

⁶⁴ Ochoa, Juan Carlos. *Op. Cit.* Nota 61. Pág. 156; De igual modo “las víctimas de las violaciones de los derechos humanos, o sus familiares, deben contar con amplias posibilidades de ser oídos y actuar en los respectivos procesos” Corte IDH. Caso 19 Comerciantes. *Op. Cit.* Nota 57. Párr. 186.

⁶⁵ Ochoa, Juan Carlos. *Op. Cit.* Nota 61. Pág. 249. Citando entre otros “ICC, *Prosecutor v. Lubanga Dyilo*, Judgment on the Appeals of the Prosecutor and the Defence against Trial Chamber I’s Decision on Victims’ Participation of 18 January 2008, Appeals Chamber, 11 July 2008, ICC-01/04-01/06 OA 9 OA 10, Párrs.. 48, 62 - 65”.

⁶⁶ Heikkila, Mikaela. *International Criminal Tribunals and Victims of Crime*. Turku: Institute for Human Rights, Åbo Akademi University. 2004. Págs. 69, 143, 153, 195. Quien argumenta que las víctimas, si bien puede escoger cada una su representante legal, también pueden designar un abogado conjunto para que las represente garantizando su derecho a ser oídas.

⁶⁷ La JEP no debe imponer la limitación de que la participación de las víctimas sea a través de un representante legal, incluso en casos en la que la cantidad de víctimas sea amplia se debe permitir la participación directa de algunas de ellas, pues se debe tener como referencia el parágrafo 3 del artículo 68 del Estatuto de la Corte Penal Internacional. Ochoa, Juan Carlos. *Op. Cit.* Nota 61. Pág. 237 - 238; Goetz, Mariana. “The International Criminal Court and its Relevance to Affected Communities,” en Nicholas Waddell and Phil Clark (eds.), *Courting Conflict? Justice, Peace and the ICC in Africa* 65. London: Royal African Society. 2008. Pág. 70

pormenorizado de la facultad establecida en el literal g) debido a sus complejas e inquietantes implicaciones legales. Nos referimos a esta como la *tercera facultad de revisión*.

Como ya se mencionó, en un **primer caso** el Acuerdo faculta a la Sección de Revisión para revisar condenas impuestas por la justicia para decidir (i) la sanción correspondiente de conformidad con el listado de Sanciones⁶⁸ contempladas en el Acuerdo o (ii) determinar si ya hubo un cumplimiento efectivo de la sanción. Es importante resaltar varias cosas de este recurso. Primero, la revisión no afecta el derecho de las víctimas a ser reparadas y a que se les otorgue garantías de no repetición. Segundo, la sanción definida por la Sección de Revisión no podrá ser mayor a la que fue impuesta previamente. Tercero, la revisión está sometida al cumplimiento de unas condiciones, que si bien estas no están especificadas en dicho literal, creemos que son las mencionadas en el punto 11⁶⁹ del Acuerdo. Es decir cumplir con los requisitos sobre verdad, reparación y no repetición establecidas en el SIVJRNR. Por último, la revisión procede a solicitud de la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas⁷⁰. Así, esta versaría sobre condenas de personas que han cometido delitos no amnistiables e indultables ni de competencia del tribunal para la paz, por no ser lo suficientemente graves o representativos al tenor del literal o) del punto 48 del Acuerdo. En este sentido, la carencia de competencia del Tribunal ocurre cuando el condenado no es incluida en la Resolución de Conclusiones⁷¹ remitida por la Sala de reconocimiento de responsabilidad al Tribunal. Cabe aclarar que en este último aspecto no es diáfana la relación entre la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas y la Sección de Revisión pues no se dan luces de cuando la primera habría de solicitar la revisión a la segunda.

⁶⁸ Las contempladas en el punto 60 y siguientes del Acuerdo sobre Víctimas

⁶⁹ “En los demás casos no amnistiables ni indultables, para la definición de la situación jurídica o para recibir y cumplir las sanciones previstas en el SIVJRNR, es necesario reunir las condiciones que sobre verdad, reparación y no repetición se establezcan en el mismo, cuando se hayan puesto en funcionamiento todos los componentes del SIVJRNR” (Subrayado añadido). A su vez, el ABC Jurisdicción Especial para la Paz establece como un principio básico de la JEP la condicionalidad de la siguiente forma “Para acceder a cualquier tratamiento especial previsto en la JEP es necesario reunir las condiciones que sobre verdad, reparación y no repetición se establezcan en el SIVJRNR. En las resoluciones y sentencias de la JEP se comprobarán los requisitos”. Presidencia de la República. *Op. Cit.* Nota 30

⁷⁰ Es de recordar que según el punto 50, literal b) es función de la Sala de definición de situaciones jurídicas “Definir el tratamiento que se dará a las sentencias impuestas previamente por la justicia respecto a las personas objeto del componente de justicia conforme a los requisitos establecidos en el SIVJRNR -punto 3.3 del Acuerdo General-, incluida la extinción de responsabilidades por entenderse cumplida la sanción. En Mesa de Conversaciones. *Op. Cit.* Nota 29.

⁷¹ En dicha resolución se identificarán “los casos más graves y representativos que lleguen a la JEP e individualizará las responsabilidades en estos” En Oficina del Alto Comisionado para la Paz. Proceso de paz: Acuerdo sobre las víctimas del conflicto. 2016. Disponible en <https://www.minjusticia.gov.co/Portals/0/pdf/Cartilla%20Acuerdo%20V%C3%ADctimas%20web.pdf>. Así mismo un tercero civil, por ejemplo no entraría en la Resolución de Conclusiones y quedaría bajo la competencia de la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas, si no tuvo una “*participación determinante en los delitos más graves y representativos*”. Ministerio de Justicia y del Derecho. Comunicado: Elementos Básicos de la Aplicación de la Jurisdicción Especial para la Paz a Terceros Civiles. Párr. 7. Disponible en: es.presidencia.gov.co/Documents/20160525_AplicacionJurisdiccionPaz.pdf

En todo caso, el Acuerdo establece un tratamiento diferenciado cuando se trata de sanciones impuestas por autoridades disciplinarias o administrativas. Esto en razón a que el numeral 33 plantea que respecto de sanciones de dicho tipo, incluidas las pecuniarias impuestas a personas naturales en cualquier jurisdicción, la competencia de la Sección de revisión se limitará, a solicitud del sancionado, a: (i) revisar las sanciones disciplinarias o administrativas o (ii) a anular o extinguir la responsabilidad de las mencionadas clases. En los dos supuestos, la sanción o la responsabilidad debió ser impuesta por conductas relacionadas directa o indirectamente con el conflicto armado. La diferencia en el trato dado a materias disciplinarias y administrativas, muestra el interés del Gobierno y de las FARC de distinguir entre la responsabilidad penal y de otras clases como las del numeral en comento⁷². Es de resaltar que la solicitud del sancionado no podrá llevar aparejada la reapertura de una investigación penal por los mismos hechos. Finalmente consideramos que el numeral 33 debe ser leído en conjunto con el segundo inciso del numeral 52 que consagra que “A petición del sancionado, [la Sección de Revisión] recibirá los casos ya juzgados por órganos jurisdiccionales o sancionados por la Procuraduría o la Contraloría, siempre que no vayan a ser objeto de amnistía o indulto” lo cual extiende la facultades enunciadas a sanciones fiscales impuestas por la Contraloría General de la Nación.

Siguiendo con el **segundo caso** en el que procedería la revisión externa, el literal b) del numeral 58 establece que, a solicitud del condenado, se revisarán las sentencias proferidas por la justicia por dos causales, (i) por error manifiesto en su calificación jurídica o (ii) por inexistencia del hecho. Si bien el Gobierno no ha aclarado el contenido de cada causal creemos que la primera implicaría un cambio en el marco jurídico de referencia pues verificará la existencia del delito no a la luz del Código Penal sino a la luz del Derecho Internacional Humanitario (DIH), por ser esta norma especial. Por lo tanto, puede llegar a darse el caso en que varias conductas que han sido calificadas como delictivas por la justicia penal ordinaria sean compatibles con el DIH⁷³, lo que llevaría a reducciones o absoluciones de pena. De la segunda causal no hay datos a la fecha que permitan definir el alcance de la misma, sin embargo creemos implicaría un debate probatorio para determinar la existencia fáctica de la conducta por la cual fue sancionado el condenado, lo que en cierta forma lo asemeja al recurso de revisión ordinario. Es de aclarar que en ambos supuestos, la sentencia que vaya a ser revisada debió haber condenado a la persona por conductas cometidas con ocasión del conflicto y en relación con este, o con la protesta social y que de igual modo tienen que cumplir las condiciones del numeral 11 del Acuerdo señaladas arriba. Lo escrito en este párrafo debe entenderse en nuestra opinión como aplicable a lo establecido en el

⁷² A su vez la distinción se ve en el manejo de las palabras utilizadas, puesto que en materias penales se utiliza la palabra condenado mientras que en el resto se utiliza la palabra sancionado.

⁷³ Presidencia de la República. Aplicación de la Jurisdicción Especial para la Paz a los Agentes del Estado. 2015. Disponible en <http://es.presidencia.gov.co/noticia/Aplicacion-de-la-Jurisdiccion-Especial-para-la-Paz-a-los-Agentes-del-Estado>; El Tiempo. Entrevista con Manuel José Cepeda. 2015. Disponible en <http://www.eltiempo.com/politica/justicia/entrevista-con-manuel-jose-cepeda/16462858>; El Tiempo. Juan Carlos Henao habla sobre acuerdos jurídicos en la Habana. 2015. Disponible en <http://www.eltiempo.com/politica/justicia/juan-carlos-henao-habla-sobre-acuerdos-juridicos-en-la-habana/1646362>

numeral 35, el cual establece que la Sección de Revisión, es una de las encargadas de decidir si extingue, revisa o anula las sanciones, investigaciones y sentencias producto de la sanción de la protesta pacífica, la defensa de los derechos humanos y el liderazgo de los grupos de la sociedad civil.

Asimismo, se resalta que esta facultad tiene similitudes con el recurso de revisión de la jurisdicción ordinaria, el cual se caracteriza por ser un medio de impugnación que procede contra sentencias ejecutoriadas a las que “se ha llegado por medios ilícitos o irregulares, sin culpa o negligencia del vencido, prescindiendo o incorporando nuevos elementos de prueba en el proceso revisorio”⁷⁴. Así pues, la existencia de esta institución se basa en “la necesidad de que los fallos correspondan a la declaración de la verdad y la justicia”⁷⁵ incluso por encima de la seguridad que supone la expedición de una sentencia, para plasmar la voluntad estatal, mediante la acción judicial. Teniendo en cuenta que las causales de procedencia del recurso de la JEP son la “inexistencia del hecho o [el] error manifiesto en su calificación jurídica” es posible afirmar que ambos recursos de revisión atienden a un mismo fundamento que es “El imperio de la verdad y de la justicia, aún por encima de la necesidad de firmeza de los fallos judiciales”⁷⁶. Sin embargo, el Acuerdo no plantea expresamente que exista relación alguna entre los mismos. Por ello, debido al carácter excepcional y el nivel de especificidad del recurso de revisión, sumado al hecho de que este es de competencia de jueces específicos⁷⁷, no se considera adecuado enmarcar la potestad otorgada a la Sección de revisar las sentencias proferidas por la justicia, dentro del mismo. Por este motivo, consideramos que se está ante una nueva figura propia de la JEP.

Al estar ante una institución que no ha tenido tratamiento jurisprudencial o doctrinal ni está desarrollada en el Acuerdo, surgen varias dudas. Por un lado, no es claro en qué consiste la facultad de revisar, pues esta puede tener múltiples interpretaciones que abarcan desde la posibilidad de exhortar quien profirió el fallo a modificar su decisión, hasta la capacidad de proferir una nueva sentencia sobre la misma materia. Desde nuestro punto de vista, parece que la última posibilidad es la más acorde con los términos generales del Acuerdo. Esto debido a lo expuesto en los numerales 9 y 32 del apartado referente los principios de SIVJRNR dice que el Tribunal “ejerce funciones judiciales de manera **autónoma** y **preferente** sobre los asuntos de su competencia” y aplica “a todos los que participaron de manera directa o indirecta en el conflicto armado.” En ese mismo sentido el numeral 19 del Acuerdo señala que los marcos jurídicos de referencia serán el Derecho Internacional de DDHH y el DIH, lo que da a entender que los asuntos relativos al Conflicto serán conocidos y resueltos por el mismo Sistema y no serán competencia de la jurisdicción ordinaria o contencioso-administrativa pues estos se rigen por otros marcos normativos.

⁷⁴ Murcia, Humberto. *Recurso de revisión civil*. Grupo Editorial Ibañez. Bogotá D.C. 2006. Pág. 149.

⁷⁵ *Ibid.* Pág. 154.

⁷⁶ *Ibid.* Pág. 155.

⁷⁷ En la actualidad, el recurso de revisión es competencia de los jueces de la Corte Suprema de Justicia y de los tribunales superiores del distrito en asuntos civiles y del Consejo de Estado y de los tribunales administrativos para temas contencioso administrativos. Ello según los artículos 31 y 31 Código General del Proceso y el artículo 249 de la Ley 1437 de 2011.

Por otro lado, no es claro si esta revisión procede contra las sentencias ya ejecutoriadas o contra cualquier providencia, por lo que abre la posibilidad de que cualquier fallo, esté o no revestido de cosa juzgada, pueda ser revisado por esta Sección por el hecho de estar relacionado con el conflicto armado, ignorando así los demás recursos propios de nuestro sistema jurídico. Así pues, a diferencia de la revisión actual, que sólo procede contra sentencias en firme ante las que no se pueden interponer más recursos pues su proceso ha terminado por completo, la figura planteada en el Acuerdo no distingue el tipo de sentencias, por lo que en teoría podría ser interpuesto en procesos que aún estén en desarrollo. Asimismo, no se aclara qué órganos son los que profieren las sentencias susceptibles de revisión. De tal forma que una interpretación amplia permite entender que la Sección tiene la facultad de revisar cualquier sentencia proferida por cualquier entidad que cumpla funciones jurisdiccionales, aun si esta es un órgano de cierre. Sin lugar a dudas, este escenario puede dar paso a conflictos inter-jurisdiccionales en la medida en que a voluntad del condenado un proceso competencia de determinado juez podría pasar a manos de la Sección de revisión, sin tener en cuenta el tipo de procesos ni límite temporal alguno, causando gran inestabilidad en términos de seguridad jurídica.

3.1 La tercera facultad de revisión, una nueva pugna por la supremacía constitucional.

Una vez analizadas las implicaciones en el ordenamiento jurídico de las dos primeras facultades de revisión, procederemos a analizar la contenida en el literal g del numeral 58 del Acuerdo, si bien esta no distingue el tipo de decisiones que examinará ni tampoco especifica cuales son los órganos jurisdiccionales sobre los cuales tendrá competencia, se puede entender, que la Sección revisará decisiones de todos los órganos jurisdiccionales y autoridades del Estado. Como se mencionó, esto causaría conflictos interjurisdiccionales principalmente entre la Corte Constitucional y el TEP, puesto que el Acuerdo contempla la posibilidad de que cualquier decisión externa a la JEP, que pretenda dejar sin efecto una medida tomada dentro del Sistema Integral, pueda ser revisada por la Sección de Revisión para decidir si conculca los principios de dicha jurisdicción. Nuestro análisis se centrará principalmente en decisiones que causen violaciones de derechos fundamentales de las víctimas, dada la importancia que estos revisten dentro de nuestra Constitución. Por ello, nos enfocaremos en los conflictos que se puedan presentar cuando la Corte ejerce control constitucional en casos concretos, es decir al decidir en materia de tutela. Ello, teniendo en cuenta que la JEP en el numeral 52 inciso 5 contempla que “En el evento en que las sentencias de las secciones vulneren derechos fundamentales de una víctima con interés directo y legítimo, esta podrá solicitar protección mediante la presentación de recurso ante la Sección de Apelaciones, el cual deberá ser resuelto en 10 días”.

Así pues, presentaremos tres **escenarios** según se considere que el recurso de protección de derechos fundamentales de la JEP (RPDF) es equiparable a la acción de tutela o no. El **primero** de ellos es que se considere el RPDF como una tutela en sentido material pero en cabeza del Tribunal Especial, lo que conllevaría a una división de competencias en materia de control concreto de constitucionalidad. Es decir, la sección de Apelaciones sería órgano

de cierre respecto las violaciones de derechos fundamentales, provenientes de los fallos proferidos por el Tribunal, excluyendo así una posible revisión eventual de la decisión que protege las garantías constitucionales emitido por la sección de Apelaciones por parte de la Corte Constitucional. En el **segundo**, se considera el RPDF como una tutela en sentido material limitada respecto a la competencia del juez que la conoce. Es decir, se establece una competencia privativa en cabeza de la Sección de Apelaciones, quien conocería de esta tanto en primera como en segunda instancia pero sin excluir la posibilidad de una eventual revisión de la decisión proferida por dicha Sección por parte de la Corte Constitucional. Finalmente, el **tercero**, considera el RPDF como un recurso diferente a la acción de tutela, y en ese sentido, susceptible de ser controvertido por esta, dada la posibilidad de interponer una tutela contra el RPDF por ser entendido como una providencia judicial.

3.2 Choque de Trenes

Dado lo anterior, antes de entrar a analizar individualmente los escenarios planteados, consideramos relevante hacer un recuento de los conflictos interjurisdiccionales que se han presentado en Colombia, toda vez que la creación del RPDF podría hacer resurgir este tipo de controversias, principalmente el llamado “choque de trenes” producto de la tesis sostenida por la Corte Constitucional (CC), según la cual procede la tutela contra providencias judiciales, incluso contra las de las altas cortes de las distintas jurisdicciones. La Corte Constitucional como guardiana de la Constitución y máximo órgano de la jurisdicción constitucional es la encargada mediante la función de revisión⁷⁸ de confirmar, revocar o modificar fallos de tutela seleccionados internamente de acuerdo a unos principios y criterios orientadores establecidos en el Reglamento Interno de dicha Corporación⁷⁹. Dicha selección tiene como función, además de verificar la efectiva protección de derechos constitucionales fundamentales de los ciudadanos, unificar la jurisprudencia constitucional y aclarar el alcance general de las normas constitucionales⁸⁰.

Ahora bien, desde su creación la CC ha admitido que, excepcionalmente, la acción de tutela puede revocar sentencias de las altas cortes de otras jurisdicciones⁸¹. A saber, el Consejo de

⁷⁸ Constitución Política de Colombia. Artículo 86.

⁷⁹ Corte Constitucional. Auto 01 del 30 de abril del 2015. Reglamento Interno de la Corte Constitucional. Artículos. 51 y 52.

⁸⁰ Decreto Ley 2591 de 1991. Artículos 1 y 34.

⁸¹ Mediante la sentencia C-543/92, la Corte Constitucional declaró inexecutable los artículos 11, 12 y 40 del Decreto 2591 de 1991 referidos a la caducidad y la competencia especial de la tutela contra providencias judiciales. Si bien declaró inconstitucionales dichas disposiciones “Al proferir la mencionada providencia, la intención de la Corte no fue la de excluir la tutela contra decisiones judiciales, sino suprimir del ordenamiento jurídico unos preceptos normativos que afirmaban la procedencia de ese mecanismo contra las sentencias como regla general y no como excepción” En Consejo de Estado. Sentencia de la Sala Plena del 05/08/14. Rad. 02201-01. CP. Jorge Octavio Ramírez). Es más la Corte Constitucional explicó posteriormente en la sentencia SU-960/99, que en el fallo C-543/92 se admitió la procedencia de la tutela cuando la actuación de los jueces al proferir una decisión configurara una vía de hecho, es decir un error grosero que desconociera flagrantemente la ley o la Constitución. Así mismo, ‘teoría de la vía de hecho’ fue abandonada en la sentencia C-590/05 para adoptar la ‘teoría de las causales especiales para la prosperidad de la acción de tutela’ que es la que rige

Estado (CE) como máximo órgano de la jurisdicción contencioso administrativa; la Corte Suprema de Justicia (CSJ) como tribunal de cierre de la jurisdicción ordinaria; y la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura como el más alto tribunal de la jurisdicción disciplinaria. Sin embargo, dicha “intrusión” no siempre ha sido aceptada por las mencionadas cortes, particularmente por el Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia, quienes argumentaban que la revocatoria de sus sentencias por parte de la CC era contraria a la Carta. Ello bajo el argumento de que ellas son los órganos de cierre en sus respectivas jurisdicciones, y por lo tanto, sus fallos eran inmutables al hacer tránsito a cosa juzgada. Razón por la cual consideraban que el tribunal constitucional se extralimitaba al ampliar su competencia, debido a que se atentaba contra principios constitucionalmente relevantes como la independencia judicial y la seguridad jurídica. Lo anterior promovió que las mencionadas altas cortes desconocieran las sentencias de la CC que pretendían dejar sin efecto sus propios fallos, esta situación terminó con la interposición de incidentes de desacato contra magistrados y consejeros de la CSJ y del CE, quienes a su vez denunciaban a los integrantes de la Corte CC por prevaricato.

La anterior situación fue denominada como “choque de trenes” y fue analizada por la Comisión IDH la cual manifestó con preocupación “(...) que el efecto del llamado ‘choque de trenes’ es el de generar y perpetuar una situación de indefinición de los derechos ya sea reconocidos o negados por los tribunales de instancia superior: la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado y la Corte Constitucional. Por lo tanto, el conflicto entre estas instancias judiciales superiores deja a los usuarios del sistema judicial en la incertidumbre sobre el curso de acción a seguir en los casos en los que las sentencias judiciales violan derechos protegidos por la Convención Americana”⁸². A pesar de que hoy en día esta problemática parece estar resuelta⁸³ pues tanto el Consejo de Estado⁸⁴ como la CSJ⁸⁵ aceptan la procedencia de la tutela contra sus sentencias⁸⁶, no obstante, la cuestión no deja de suscitar debate en sectores de la academia, la rama judicial y la opinión pública.

hoy en día y es más amplia pues abarca más causales que la teoría de la vía de hecho y de la cual la Corte Constitucional dijo que se incluyen situaciones en las que “si bien no se está ante una burda trasgresión de la Carta, si se trata de decisiones ilegítimas que afectan derechos fundamentales”.

⁸² Comisión IDH. Informe No. 44/08; Caso 12.448 (Fondo) Sergio Emilio Cadena Antolinez vs. Colombia. Párr. 53

⁸³ La sentencia C-590-2005 de la Corte Constitucional del M.P Jaime Córdoba es considerada la sentencia hito debido a que enuncia el estado actual de la teoría de las ‘causales especiales para la prosperidad de la acción de tutela’ en esta la Corte explicó las diferencias entre el recurso extraordinario de casación y la acción de tutela, llegando a la conclusión de que esta última es más adecuada y efectiva para la protección de derechos fundamentales pues evalúa si el fallo respeta los derechos fundamentales contenidos en la Constitución, el Bloque de constitucionalidad y aquellos derechos reconocidos como tales por la jurisprudencia de dicha corporación, mientras que en la casación, que es un recurso más rígido y formal, se juzga la legalidad de la sentencia frente al disposiciones de rango legal.

⁸⁴ Consejo de Estado. *Op. Cit.* Nota 81

⁸⁵ Corte Suprema de Justicia. Sentencia Sala Civil del 04/09/14. Rad. N° 01999-00 Magistrado Ponente: Fernando Giraldo G.

⁸⁶ “La procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales es excepcional y se encuentra sujeta al cumplimiento de exigentes condiciones de orden general y especial. En virtud de las primeras es necesario: (i) que la problemática tenga relevancia constitucional; (ii) que se hayan agotado todos los recursos o medios ordinarios o extraordinarios de defensa; (iii) que se cumpla el requisito de la

Sin ánimo de agotar el debate que genera el tema, nos adherimos a la tesis que admite la procedencia tutelas contra providencias judiciales pues se asegura que haya una sola interpretación de la Constitución y de los derechos fundamentales, garantizando la seguridad jurídica ya evitando interpretaciones contrarias. No aceptar esta posición llevaría a admitir la coexistencia cuatro interpretaciones de la Carta, una por cada alta corte, lo cual tendría como resultado que se expidan sentencias con decisiones dispares frente a eventos idénticos. La unificación de interpretaciones hecha por la Corte Constitucional, evita que exista indefinición del alcance y contenido de los derechos fundamentales, respetando el mandato que tiene el tribunal constitucional de defender la Carta Magna y de ser el órgano de cierre de la jurisdicción constitucional⁸⁷. Es así, como coincidimos con Uprimny quien afirma que en una “(...) democracia constitucional, la interpretación que de la Constitución que hace el tribunal constitucional deba ser la interpretación autorizada y vinculante de la Carta, no tanto porque sea siempre la mejor, sino exclusivamente porque es la única forma de asegurar una cierta consistencia en la interpretación de la norma básica”⁸⁸

Además desde un punto de vista conceptual, el artículo 86 de la Constitución establece que la tutela procede contra todas las actuaciones u omisiones de “autoridades públicas” que vulneren derechos fundamentales sin excepción. En razón a que los magistrados de las altas cortes son autoridades públicas y las sentencias son actos proferidos por ellos, la tutela procedería sin problema contra estas. Así mismo, los pronunciamientos de la Corte Constitucional en sede de revisión de tutela, no son una ‘tercera instancia’ debido que esta es una acción residual y subsidiaria, con la cual se pretende verificar el respeto de las garantías constitucionales, más no conocer de los asuntos propios de cada jurisdicción. Esto último está íntimamente relacionado con la independencia judicial, pues este principio debe

inmediatez; (iv) que el actor identifique debidamente los hechos que generaron la violación y los derechos afectados; y, (v) que la providencia controvertida no sea una sentencia de tutela. Aun superados los anteriores condicionamientos, la concesión del amparo se encuentra supeditada a que aparezca probada la ocurrencia de alguna de las causales específicas de procedibilidad, a saber: defecto orgánico, defecto procedimental absoluto, defecto fáctico, defecto material o sustantivo, error inducido, decisión sin motivación, desconocimiento del precedente o violación directa de la Constitución” En Corte Suprema de Justicia. Sentencia de la Sala Penal del 05/12/15 Rad. N° 82691. MP. José Luis Barceló Camacho.

⁸⁷ En este sentido “Aquella [Corte] que interpreta la norma Superior obviamente es la Corte Superior y las tres Cortes que interpretan la ley, no pueden argumentar la competencia exclusiva y excluyente que les da la Carta, para negar la superioridad de la Corte Constitucional. (...) El análisis es diferente cuando la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado o Sala Jurisdiccional Disciplinaria asumen el conocimiento de un determinado caso de su especialidad, que cuando excepcionalmente actúan como jueces constitucionales. Aquí lo que el juez tiene que valorar es si el respectivo operador jurídico tensionó innecesariamente un derecho fundamental al conocer y fallar un asunto de su exclusiva competencia. El análisis del juez constitucional está centrado a interpretar la Constitución Política, y en el caso de la especialidad, es interpretar las leyes que rigen la competencia correspondiente”. En Henao, Rubén Darío. Choque de Vanidades: Estudio de la Acción de Tutela en las Altas Cortes Colombianas. Ed. Ibáñez. 2007. Págs. 178 y 179. Ver también: Bernal, Carlos. El derecho de los derechos. Universidad Externado de Colombia. 2005. Pág. 218.

⁸⁸ Uprimny, Rodrigo. En qué está el debate colombiano de la tutela contra sentencias. En La Constitucionalización de las sociedades contemporáneas. U. Santo Tomás, Bogotá, 2007. Pág. 66

estar encaminado a aplicar la Constitución, no a inaplicarla por lo cual se justifica la intervención del juez constitucional en caso de que se presente ese último escenario.

3.3 Posibles escenarios para la protección de derechos fundamentales.

Teniendo en cuenta este marco, analizaremos el **primer escenario** planteado en el presente acápite según el cual, la creación del Tribunal Especial para la Paz reasignaría las competencias en materia de control concreto de constitucionalidad, lo que facultaría a la Sección de Apelaciones para decidir en última instancia si una sentencia proferida por el TEP, vulnera o no derechos fundamentales. Dicho escenario hallaría sustento en la intención de las FARC y del Gobierno de crear una jurisdicción autónoma y preferente. Así, creemos que la situación sería similar al control constitucional difuso funcional o desconcentrado compartido entre la Corte y el Consejo de Estado en materia de control abstracto de constitucionalidad, pues en la Carta se estableció que aquella es la encargada de resolver las acciones públicas de inconstitucionalidad y por su parte este último, de manera residual, es competente para realizar dicho tipo de control vía acción de nulidad por inconstitucionalidad. Esta reasignación de competencias implicaría una reforma de la Constitución vía acto legislativo, pues actualmente el artículo 241 numeral 9 de la Norma Superior establece que a la Corte Constitucional le corresponde “revisar, en la forma que determine la ley, las decisiones judiciales relacionadas con la acción de tutela de los derechos constitucionales”. Dado que la Carta no distingue qué tutelas son susceptibles de ser revisadas, se entiende que cualquiera lo es. En este sentido, la modificación tendría que implantar una excepción a la capacidad de revisión que ostenta el Tribunal Constitucional.

Si bien creemos es viable dicha reforma en el plano jurídico, no la consideramos conveniente pues la Corte Constitucional ha demostrado ser bastante celosa al ejercer su papel como guardiana de la Constitución y por medio de su jurisprudencia podría expandir su competencia causando el resurgimiento de un ‘choque de trenes’. Ejemplo de ello es que la Corte ha desconocido el papel del Consejo de Estado como tribunal constitucional⁸⁹ a pesar de que el numeral 2 del artículo 237 de la Norma Superior le otorga la función de “Conocer de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el Gobierno Nacional, cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional”. En otras palabras, a pesar de que la Carta indica que el Consejo de Estado es competente para realizar control abstracto de constitucionalidad; la Corte se limita a enunciar que en virtud del Capítulo 4 del Título VIII de la Norma Superior, ella es el único órgano de la ‘jurisdicción constitucional’. De esta forma deja de lado el entendimiento de dicha jurisdicción de manera funcional⁹⁰, contradiciendo su jurisprudencia y desconociendo el querer del constituyente primario. En este sentido, en el pasado la Corte ha admitido que el Consejo de Estado, al conocer de acciones de nulidad por inconstitucionalidad, “concorre con la Corte Constitucional a velar por la supremacía e integridad de la carta política, para garantizar así su inviolabilidad, en cuanto a los principios, los valores, las reglas, los deberes y los derechos

⁸⁹ Corte Constitucional, Sentencia C-037 - 1996, M.P: Vladimiro Naranjo Mesa.

⁹⁰ *Ibid.* (Constitucionalidad del art. 43 de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia) y Corte Constitucional. Auto 087/01. M.S: Manuel Cepeda. Fundamento 1.1.

allí instituidos, como cuerpo político y jurídico fundamental del Estado y de la sociedad, además de contribuir a la consolidación y eficacia del precedente judicial, en ejercicio de esa competencia y función pública esencial”. En el mismo sentido, en la ponencia sobre ‘Control de Constitucionalidad, Corte Suprema de Justicia y Consejo de Estado’ presentada en la Asamblea Nacional Constituyente que dio origen a la Carta de 1991, por los constituyentes María Garcés y José Velasco, se expuso al respecto: “En lo que hace referencia a la facultad para unificar la jurisprudencia, consideramos que no sería conveniente darle atribución expresa a la Corte Constitucional, en virtud de que el control de constitucionalidad debe ser ejercido conjuntamente con el Consejo de Estado. Cada entidad elabora su jurisprudencia en relación con su propia competencia, sin que pueda atribuirse la unificación de la jurisprudencia como tarea específica a una de ellas”⁹¹.

Derivado de lo anterior, en la Sentencia C-400/13 la Corte desconoce también el carácter de la cosa juzgada constitucional⁹² de los fallos del Consejo de Estado que decidan acciones de nulidad por inconstitucionalidad⁹³, basándose en el argumento de que la Carta, en su artículo 243, únicamente adjudica dicho efecto a sus sentencias y no a las de la máxima corte de lo Contencioso Administrativo. Lo anterior generó un pronunciamiento del Consejo⁹⁴, advirtiendo una indebida expansión de las competencias de la Corte. Situación que se puede enmarcar dentro del fenómeno conocido como choque de trenes. Con aquel fallo creemos que la principal guardiana de la Constitución ignoró tres cosas: (i) que “si se parte de la concepción de un sistema de control abstracto de constitucionalidad no concentrado, en el que la Corte Constitucional y el Consejo de Estado comparten la función de control de constitucionalidad, en ambos casos, sus decisiones hacen tránsito a cosa juzgada constitucional”⁹⁵. Así, imposibilitando que sus decisiones sean cuestionadas posteriormente por órgano alguno; (ii) que el efecto en cuestión, no es dado en virtud de una asignación hecha por la Norma Superior ni por el órgano que emite el fallo de constitucionalidad, sino del referente normativo frente al cual se efectúa el control de la norma. Lo anterior, debido a que es claro que el Consejo de Estado al conocer la acción de nulidad por inconstitucionalidad realiza un cotejo directo, con la Constitución, del acto de carácter general demandado y finalmente (iii) olvidó que el artículo 237⁹⁶ del Código de

⁹¹ Asamblea Nacional Constituyente. Gaceta Constitucional N° 36 de 4 de abril de 1991, disponible en: http://www.elabedul.net/Documentos/Temas/Asamblea_Constituyente/Gacetas/Gacetas_1-50/gaceta_036.php

⁹² “La cosa juzgada constitucional se puede definir como el carácter inmutable de las sentencias de la Corte Constitucional, cuyo principal efecto es que una vez esta Corporación se ha pronunciado de fondo sobre la exequibilidad de un determinado precepto, no puede volver a ocuparse del tema”. Corte Constitucional. Sentencia C-400/13.MP. Manuel José Cepeda Espinosa.

⁹³ *Ibid.*

⁹⁴ Consejo de Estado. Auto 2013-01129 del 29 de mayo de 2014 (Sección Segunda). MP. Bertha Lucia Ramírez De Páez. Rad. 01129-00; Consejo de Estado. Sentencia del 30 de julio del 2013 (Sala Plena). MP. Marco Antonio Velilla. Rad. 00170-01

⁹⁵ Salvamento de voto del Magistrado Mauricio González Cuervo a la Sentencia C-400/13.

⁹⁶ Artículo 237. *Prohibición de reproducción del acto suspendido o anulado.* Ningún acto anulado o suspendido podrá ser reproducido si conserva en esencia las mismas disposiciones anuladas o suspendidas, a menos que con posterioridad a la sentencia o al auto, hayan desaparecido los fundamentos legales de la anulación o suspensión.

Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo concibe el carácter de cosa juzgada constitucional para los fallos del Consejo en casi los mismos términos que lo hace el segundo inciso del artículo 243⁹⁷ de la Constitución, para los fallos proferidos por la Corte, lo que ratifica la coincidencia de los efectos de las decisiones de ambos tribunales. Así, la importancia de dar el carácter de cosa juzgada constitucional a los fallos del alto tribunal de lo contencioso administrativo radica en que solo de esta manera se hacen incontrovertibles a través de la acción de tutela. En conclusión, aunque en general están delimitadas de buena forma las competencias de las Cortes, la extralimitación de estas por parte del tribunal constitucional conlleva a choques entre los altos tribunales, situación que se daría si se asignan, de forma similar, atribuciones en última instancia a la Sección de Apelación en materia de control concreto de constitucionalidad de las sentencias del TEP.

El **segundo escenario**, según el cual el RPDF es una tutela en sentido material, razón por la cual la Corte Constitucional tendría competencia para realizar una revisión eventual para verificar en última instancia, si la providencia de la Sección de Apelación respeta los derechos fundamentales y la jurisprudencia constitucional. Con respecto a este escenario consideramos que si bien, no se encuentra problemático pues no afecta en términos generales la integridad del ordenamiento jurídico, más adelante se analizará en conjunto con el siguiente escenario respecto a la facultad del literal g) del numeral 58 del Acuerdo.

Finalmente es preciso estudiar el **tercer escenario** planteado, según el cual el RPDF es un recurso propio de la JEP que difiere de la acción de tutela. De acuerdo a la jurisprudencia constitucional, es posible presentar acciones de tutela contra providencias judiciales, siempre y cuando se cumplan con los requisitos específicos y generales unificados por las sentencias C-590 de 2005 y SU-913 de 2009. Así mismo, se aclara la imposibilidad de tutelar fallos de tutela, con el fin de evitar un ciclo interminable de acciones judiciales que atente contra la seguridad jurídica y el adecuado desarrollo de la justicia.

En este sentido el RPDF de la JEP al ser resuelto mediante providencia judicial y diferir de la acción de tutela, sería susceptible de ser controvertido mediante la misma. Así, la Corte Constitucional haciendo uso de su facultad de revisar fallos de tutela resueltos por los demás jueces de la República, podría conocer y modificar los pronunciamientos del Tribunal que hayan sido tutelados. Bajo este panorama se respetaría la integridad de un ordenamiento que ve en la Corte el máximo órgano de cierre en materia constitucional, mediante la revisión de tutelas, sobre los conflictos sobre derechos fundamentales que emanen de la JEP. Por lo tanto, es importante hacer énfasis en que tanto en este como en el segundo escenario, la Corte Constitucional terminaría fallando en última instancia, siendo la única diferencia entre estos dos la vía en que conoce del caso, pues en el tercer escenario sería vía revisión de tutela contra providencia judicial mientras que en el segundo conocería por remisión de los expedientes de tutela para su eventual revisión.

⁹⁷ Artículo 243. “(...) Ninguna autoridad podrá reproducir el contenido material del acto jurídico declarado inexecutable por razones de fondo, mientras subsistan en la Carta las disposiciones que sirvieron para hacer la confrontación entre la norma ordinaria y la Constitución”.

3.3 Posible sustitución de la Constitución: supraconstitucionalidad de la Sección de revisión

Sin embargo, tanto este tercer escenario como el segundo, se tornan problemáticos dada la facultad otorgada a la Sección de revisión de “Examinar y decidir sobre cualquier decisión adoptada por un órgano jurisdiccional u otra autoridad que pretenda dejar sin efecto la amnistía, el indulto u otra medida adoptada en el sistema, verificando entre otros extremos si dicha decisión conculca los principios del SIVJRNR.” En este sentido, entendiendo que las decisiones de la JEP pueden ser revisadas por la Corte Constitucional, pero a su vez el TEP tendría competencia para sobre las decisiones que contradigan sus fallos, incluso sobre acciones de tutela revisadas por la Corte Constitucional, se generaría un conflicto entre estos órganos de cierre. Bajo este marco, no sería claro cuál sería el órgano de cierre en el ordenamiento jurídico colombiano en temas relacionados con el conflicto armado.

En este sentido, se generaría un nuevo “choque de trenes” pues el andamiaje sobre el que se sostiene el ordenamiento jurídico se vería desequilibrado por el surgimiento de un nuevo órgano de cierre, que estaría incluso por encima de la Corte en temas relativos al Conflicto. Por último, otorgarle las mencionadas facultades a la Sección de revisión implicaría la creación de un ordenamiento supraconstitucional donde cualquier pronunciamiento de cualquier entidad que sea contrario a lo dictado por la JEP volverá a la misma para ser rectificado. Así, la Carta Política pasaría a un segundo plano, pues las garantías y derechos consagrados en esta podrían no tener aplicación en los procesos de la nueva jurisdicción especial, sin que la Corte Constitucional, como guarda máxima de esta, pueda intervenir de manera efectiva y definitiva. Por consiguiente, es sumamente probable que la Corte no permita que se altere la Constitución a tal punto que la entidad que funge como su máxima protectora no tenga la última palabra en temas tan cruciales como los derechos fundamentales y el conflicto armado. Razón por la cual, antes un escenario futuro en el que la Corte encuentre que el Acuerdo atenta contra la identidad de la Carta, debido a la importancia política del mismo, es posible que dicha institución declare la exequibilidad de este, pero de manera condicionada. Así pues, consideramos viable la posibilidad de que la Corte restrinja la interpretación de la mencionada facultad de revisión, de tal forma que la competencia de esta no sea superior a la suya como órgano de cierre constitucional.

Ahora bien, es necesario precisar que un escenario en el que el Acuerdo, ya sea en su totalidad o de manera parcial, es demandado ante la Corte es sumamente probable debido a lo polémico que es el tema desde el punto de vista político. Si bien, se reconoce la diferencia entre un juicio político de conveniencia y el juicio jurídico de sustitución de la Constitución⁹⁸, lo cierto es que una vez Acuerdo Final salga a la luz pública, tras pasar por los respectivos debates en el Congreso, debido a que propone una reforma constitucional la Corte tendría competencia para tomar el caso y decidir si se está reemplazando, o no, uno de los pilares de la Constitución, mediante un juicio de sustitución.

⁹⁸ Uprimny, Rodrigo. Intervención en Audiencia Pública del 09 de septiembre de 2015 Acción de Inconstitucionalidad Contra el acto legislativo 02 de 2015 Disponible en: http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.776.pdf

Dicho juicio ha sido aplicado en diversas ocasiones. Tal vez, la más reciente fue la declaración de inexecutable de gran parte de la reforma sobre equilibrio de poderes, mediante la cual se pretendía que la administración de la Rama Judicial pasará a manos del Consejo de Gobierno Judicial en vez de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura. Así, mediante el comunicado No. 23 del primero de junio de 2016 la Corte explicó que de realizarse tal modificación propuesta por el acto legislativo 2 de 2015 se atentaría contra la separación de poderes, autonomía e independencia judicial, afectando así la integridad de la Carta y su estructura.⁹⁹ Ahora, para poder profundizar en el análisis respecto a la posible sustitución de la Constitución que puede llegar a representar el Acuerdo, en especial la facultad de la Sección de revisión de examinar y decidir sobre decisiones de otras entidades que dejen sin efecto las medidas del SIVJRNR, es necesario ampliar la explicación sobre el mencionado juicio de sustitución.

La Corte Constitucional como máxima protectora de la Carta decide sobre la procedencia de reformas constitucionales que pongan en peligro la integridad de esta. En este sentido, aunque se reconoce la necesidad de reformar la Constitución en aras de que esta no se mantenga estática ante los cambios sociales, políticos, económicos y culturales de la Nación, se impide la sustitución de los elementos esenciales que le dan identidad. Es por ello que la Corte ha admitido la posibilidad de alterar un principio fundamental de la Carta, rechazando la intangibilidad de la misma¹⁰⁰ y descartando la existencia de cláusulas pétreas¹⁰¹. Ahora bien, para mantener la identidad de la Máxima Norma sin impedir su modificación, la Corte reconoce que la potestad de reforma propia del poder constituido se encuentra limitada, siendo la facultad de derogar o sustituir la Constitución exclusiva del poder constituyente originario. No obstante, establecer un límite entre lo que es susceptible de modificación y lo que implica un elemento esencial de la Carta no es precisamente una labor sencilla, pues los elementos que brindan identidad a la máxima norma no se encuentran definidos de manera taxativa. Sin embargo, la jurisprudencia ha logrado definir el concepto de sustitución como el “fenómeno jurídico (...) consistente en que un elemento esencial definitorio de la identidad de la Constitución es sustituido, o sea, remplazado por otro opuesto o integralmente diferente.”¹⁰²

Si bien, la misma Corte ha reconocido en múltiples ocasiones que carece de competencia para “efectuar un control de contenido o material de las reformas constitucionales”¹⁰³, ante la existencia de una posible sustitución de la Constitución tiene la facultad de realizar un

⁹⁹ Corte Constitucional, Comunicado No.23, 1 de Junio de 2016. Expediente D-10990. Sentencia C-285-2006. M.P Luis Guillermo Guerrero Pérez. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/comunicados/No.%2023%20comunicado%2001%20de%20junio%20de%202016.pdf>

¹⁰⁰ Corte Constitucional, Sentencia C-970 - 2004, M.P Rodrigo Escobar Gil.

¹⁰¹ Corte Constitucional, Sentencia C-1040 - 2005, M.P: Manuel José Cepeda, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Humberto Sierra Porto, Álvaro Tafur Galvis, Clara Inés Vargas Hernández.

¹⁰² Corte Constitucional, Sentencia C-970 - 2004, M.P Rodrigo Escobar Gil

¹⁰³ Corte Constitucional, Sentencia C-551- 2003, M.P Eduardo Montealegre Lynett

juicio relativo a la competencia del órgano que expide la reforma. En este sentido es preciso diferenciar, nuevamente, entre las facultades del poder constituido y del constituyente. El primero, tiene la capacidad de reformar la Carta, por lo que la Corte solo puede revisar la forma del acto reformativo, sin ejercer un control material. Mientras que solo el segundo tiene la potestad de sustituir la Constitución, de tal forma que si el poder constituido es a quien se le otorga esta función, debe entrar la Corte a invalidar el respectivo acto sustitutorio, por cuestiones de competencia.¹⁰⁴ Bien lo explica la sentencia C-970/04 de la siguiente manera: “el poder de reforma Constitucional es un poder derivado que carece de competencia para asumir el papel que corresponde al constituyente primario y no puede, por consiguiente, por la vía del procedimiento de reforma, sustituir la Constitución. Por lo tanto, y en cuanto que esa limitación competencial se encuadra dentro de las previsiones del Título XIII de la Constitución, y específicamente en lo dispuesto en el artículo 374 de la Carta, la Corte tiene competencia para examinar los vicios en razón de la competencia del poder de reforma cuando su actuación comporte una sustitución de la Constitución.”

En este sentido, para proceder a la mencionada invalidación es necesario que la Corte lleve a cabo un juicio de sustitución mediante el cual “demuestre que un elemento esencial definitorio de la identidad de la Constitución de 1991 fue reemplazado por otro integralmente distinto”¹⁰⁵. Este se basa en la contraposición del nuevo elemento que se pretende introducir con el originalmente adoptado por el constituyente, para determinar si son integralmente diferentes y por lo tanto incompatibles. El “elemento esencial definitorio de la identidad de la Constitución”¹⁰⁶ se debe especificar a partir de un análisis integral de la Carta y de múltiples referentes normativos, sin reducirlo a un artículo específico, evitando la consolidación de cláusulas pétreas en nuestro ordenamiento jurídico¹⁰⁷. Por lo tanto, aunque el juicio para determinar si la Constitución está siendo sustituida es un juicio relativo a la competencia de quien profiere el acto reformativo, es necesario que la Corte estudie la existencia de un principio esencial que le da una identidad específica a la Carta.

En este sentido, crear un órgano que esté por encima de la Corte Constitucional con la capacidad de revisar sus fallos de tutela y de exequibilidad, podría llevar a que presente una sustitución de la Constitución dado el papel que tienen los Tribunales Constitucionales dentro del Estado Social de Derecho. Así, sin ánimo de realizar un juicio de sustitución estricto, a continuación destacaremos la importancia de que la Corte Constitucional sea el máximo órgano de justicia del Estado colombiano. Consideraciones que deberían ser consideradas llegado el momento en que se presente una acción pública de inconstitucionalidad contra el acto legislativo que cree la Jurisdicción Especial para la Paz y establezca en la Sección de Revisión, la función del literal g del numeral 58 del Acuerdo.

Con la Constitución de 1991 el Estado Colombiano dio el salto al Constitucionalismo Contemporáneo al adoptar el modelo de Estado Social de Derecho. Este modelo político

¹⁰⁴ Corte Constitucional, Sentencia C-970 - 2004, M.P Rodrigo Escobar Gil

¹⁰⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-574 - 2011, M.P Juan Carlos Henao Pérez

¹⁰⁶ *Ibid.*

¹⁰⁷ *Ibid.*

tiene como uno de sus cimientos el entendimiento de los derechos fundamentales como una expresión de los principios constitucionales, entre ellos principalmente la dignidad humana¹⁰⁸. Así entonces, estos sirven de soporte axiológico-jurídico del ordenamiento jurídico nacional¹⁰⁹ y lo irradian en su totalidad, convirtiéndose en un límite del poder estatal. Por esto, la misma Carta del 91 establece que la efectividad de los derechos y principios constitucionales es uno de los fines esenciales del Estado¹¹⁰. Lo anterior es una muestra de que la Constitución es norma de normas tal como lo establece el artículo 4 de aquella y lo afirma Manuel Aragón Reyes quien argumenta que “[...] hablar de Constitución tiene sentido cuando se la concibe como un instrumento de limitación y control del poder. Efectivamente, el control es un elemento inseparable al concepto de Constitución si se quiere dotar de operatividad al mismo, es decir, si se pretende que la Constitución se “realice”, en expresión, bien conocida de Hesse; o dicho en otras palabras, si la Constitución es norma y no mero programa puramente retórico. El control no forma parte únicamente de un concepto “político” de la Carta, como sostenía Schmitt, sino de su concepto jurídico, de tal manera que sólo si existe control de la actividad estatal puede la Constitución desplegar su fuerza normativa y sólo si el control forma parte del concepto de Constitución puede ser entendida ésta como norma”¹¹¹.

Por consiguiente, para cumplir con la tarea de asegurar la eficacia de los derechos fundamentales se creó el papel del juez constitucional y a su vez un Tribunal Constitucional como máximo y principal defensor de la Norma Superior¹¹². Así pues, este último es el encargado de garantizar la jerarquía material y formal de la Constitución por cuanto esta (1) emana del poder constituyente, que en un sistema democrático es la fuente de legitimación del poder político y el orden jurídico y (2) expresa jurídicamente los contenidos esenciales que integran a dicha comunidad, es decir los derechos fundamentales y la organización del poder político¹¹³. Dado lo anterior, la Corte Constitucional juega un papel importante en la defensa y realización efectiva de la Carta Política por medio la interpretación de las disposiciones constitucionales, pues dada su textura abierta, es a través de la hermenéutica que se concretan, optimizan y maximizan dichos enunciados políticos y se le da significado jurídico-normativo a la Norma Superior¹¹⁴. En efecto, es tal la relación entre Constitución y Corte Constitucional que afirma que cuando ésta interpreta aquélla, no puede interponerse ni una hoja de papel¹¹⁵. Por esto creemos siguiendo a García Enterría que “una

¹⁰⁸ Corte Constitucional, Sentencia T-792 - 2005, M.P Clara Inés Vargas Hernández.

¹⁰⁹ Corte Constitucional, Sentencia T-406 - 1992, M.P. Ciro Angarita Barón.

¹¹⁰ Corte Constitucional, Sentencia C-569. 2004, M.P Rodrigo Uprimny Yepes.

¹¹¹ ARAGÓN, Manuel. *Constitución y control del poder*, Universidad Externado de Colombia, 1999, pág. 15.

¹¹² Corte Constitucional, Sentencia T-406 - 1992, M.P Ciro Angarita Barón.

¹¹³ LANDA, César. La fuerza normativa constitucional de los derechos fundamentales. En *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales: Fuerza Normativa De La Constitución*. Fundación Konrad-Adenauer-Stiftung. 2010. Pág. 24.

¹¹⁴ Rivera, José Antonio. La fuerza normativa constitucional de los derechos fundamentales. Algunos apuntes al trabajo del Dr. César Landa. En *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales: Fuerza Normativa De La Constitución*. Fundación Konrad-Adenauer-Stiftung. 2010. Pág. 63-65.

¹¹⁵ Corte Constitucional, Sentencia T-406 - 1992, M.P Ciro Angarita Barón.

Constitución sin Tribunal Constitucional que imponga su interpretación y la efectividad de la misma en los casos cuestionados es una Constitución herida de muerte”.¹¹⁶

Ahora bien teniendo en cuenta las anteriores consideraciones, creemos que el permitir que la sección de Revisión del Tribunal Especial para la Paz esté por encima de la Corte Constitucional -dada la facultad que le otorgaría el Acuerdo de Víctimas de revisar si los fallos de tutela o de exequibilidad conculcan los principios de la JEP- es inconstitucional. Esto se afirma ya que esta nueva jurisdicción sería entonces supraconstitucional, pues escaparía al control del órgano encargado garantizar la protección efectiva de los derechos fundamentales, pudiendo llegar a fallar en forma contraria al precedente constitucional sin que la Corte pueda hacer algo al respecto. Finalmente no creemos admisible que se pueda excepcionar el sometimiento de la totalidad del ordenamiento jurídico a la Constitución por ser este un fundamento de toda democracia constitucional, ni siquiera con el loable fin de alcanzar la paz, pues no solo se corre el riesgo del irrespeto de los derechos fundamentales y del “*rule of law*” sino que se puede crear inseguridad jurídica producto de un nuevo “choque de trenes” entre la Corte Constitucional y la sección de Revisión del Tribunal Especial para la Paz en materia del alcance de dichos derechos.

Conclusiones y Proposiciones

En el siguiente apartado recapitularemos las problemáticas abordadas a lo largo del trabajo. Además, realizaremos advertencias junto con proposiciones para evitar posibles falencias y vacíos legales en la implementación de los Acuerdos de la Habana, concretamente, el Acuerdo sobre las Víctimas del Conflicto.

En **primer lugar**, frente a la falta de participación de la víctima en los procesos llevados ante el TEP, en especial aquellos que conoce la Sección de Revisión, consideramos que al momento de desarrollar las leyes reglamentarias, se debe tener en cuenta el marco del Derecho Internacional de DDHH. Ahora, en el escenario que no se trate este tema en las leyes reglamentarias, se debería resolver al dictarse el reglamento de los magistrados del TEP. De no ser así, se estarían violando las obligaciones plasmadas en la Convención Americana de Derecho Humanos, concretamente las obligaciones del art. 2 “Deber de adoptar disposiciones en el derecho interno” y los art. 8 y 24 Garantías y Protecciones Judiciales”.

En **segundo lugar**, la primera facultad de la Sección de Revisión establecida en el punto 58, literal a), del Acuerdo crea un vacío respecto a la delimitación de las situaciones en las cuales la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas remitiría los casos a la Sección de Revisión del Tribunal. Así, para evitar esta problemática, resaltamos la importancia de delimitar los supuestos en los que dicha Sección podrá intervenir.

¹¹⁶ García Enterría, Eduardo. La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional. Civitas. 3a ed. 1994. Pág. 186.

En **tercer lugar**, teniendo en cuenta que el DIH es el nuevo marco jurídico que se utilizará para juzgar los delitos relacionados con el conflicto armado, excluyendo el Código Penal, resaltamos que a partir de la facultad del punto 58 literal b), no hay claridad sobre las causales para revisar la sentencia a petición del condenado. En este sentido, se resalta que el gobierno no da luces del alcance de las mismas, sino que las trata de manera indistinta. Así pues, es necesario precisar la diferencia entre la inexistencia del hecho, como una cuestión fáctica, y el error manifiesto en la calificación jurídica como imputación de responsabilidad a la luz del DIH como *lex specialis*.

En **cuarto lugar**, se encuentra problemática la facultad otorgada a la Sección de revisión del Tribunal para revisar y modificar decisiones de autoridades externas al JEP contrarias a las medidas tomadas al interior de la misma. Lo anterior, implicaría el surgimiento de un ordenamiento supraconstitucional. Bajo este marco, nos adherimos a un eventual escenario donde la Corte Constitucional, con el fin de evitar que se sustituya un pilar esencial de la Máxima Norma, declare la exequibilidad condicionada del Acuerdo, de tal forma que se entienda que es ella quien tiene la última palabra en asuntos relativos a derechos fundamentales. Vemos en esta postura un mecanismo viable para proteger la Carta, pues consideramos que un Estado Social de Derecho en el que el tribunal encargado de defender la Constitución no pueda tomar decisiones definitivas y estables para proteger la integridad de esta, perdería uno de sus elementos definitorios.

Esbozadas nuestras conclusiones y proposiciones queremos resaltar que el análisis que se realizó en este documento, más allá de un texto académico y jurídico, es la crítica de unos jóvenes preocupados por las implicaciones que la implementación de estos Acuerdos tendrán en nuestro ordenamiento jurídico. Además, es un aporte que queremos dejar al proceso de construcción de paz para solidificar instituciones y evitar consecuencias que puedan obstaculizar este gran paso histórico. En este sentido, tenemos que ser rigurosos en el estudio de los cambios que propone este nuevo capítulo para seguir luchando con conciencia para la construcción de un nuevo tejido social, jurídico, político y cultural. Así pues, es el momento de aprender de los errores del pasado para mejorar las condiciones del futuro y así, apostarle a la construcción de nuestro país desde el innovador, único y completo Acuerdo de la Habana.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABUCHAIBE, Heidi. *La Jurisdicción Especial para la Paz*. En Fundación Internacional Baltazar Garzón: El quinto acuerdo de la Habana, Análisis y Recomendaciones para la implementación del Acuerdo de Víctimas y Justicia en Colombia. Bogotá. 2016

ARAGÓN, Manuel. *Constitución y control del poder*, Universidad Externado de Colombia, 1999.

AMNISTÍA INTERNACIONAL. *Manual de Juicios Justos*. 2Ed. Reino Unido. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r32427.pdf>

ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. Gaceta Constitucional N° 36 de 4 de abril de 1991, disponible en: http://www.elabedul.net/Documentos/Temas/Asamblea_Constituyente/Gacetas/Gacetas_1-50/gaceta_036.php

ASOCIACIÓN DE CABILDOS INDÍGENAS DEL NORTE DEL CAUCA. “*Los problemas de la ley de víctimas y restitución de tierras*”. Disponible en: <http://www.nasaacin.org/noticias/3-newsflash/4562-los-problemas-de-la-ley-de-victimas-y-restitucion-de-tierras>

BERNAL, Carlos. *El derecho de los derechos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2005.

BUERGENTHAL, Thomas. “*La comisión de la verdad para El Salvador*”. Disponible en: <http://bibliohistorico.juridicas.unam.mx/libros/5/2061/6.pdf>.

BURGORGUEN-LARSEN Laurence y MONTOYA CÉSPEDES, Nicolás. *El Diálogo Judicial entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Europea De Derechos Humanos*. En Bandeira, Urueña y Torres (Coordinadores). *Protección Multinivel de Derechos Humanos: Manual*. Red de Derechos Humanos y Educación Superior. 2013. Disponible en https://www.upf.edu/dhes-alfa/materiales/res/pmdh_pdf/Cap6.pdf.

CANO ROLDAN, María y CARO GARZÓN, Octavio Augusto. “*Las grandes dificultades de la reparación administrativa de las víctimas de la violencia en Colombia. Algunos comentarios respecto a la Implementación del decreto 1290 de 2008*”. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de Medellín, Vol, 41, No. 115. p.451-497. Disponible en :<http://www.scielo.org.co/pdf/rfdcp/v41n115/v41n115a08.pdf>

CASSEL, Douglass. “*The Inter-American Court of Human Rights*,” En Due Process of Law Foundation (ed.), *Victims Unsilenced: the Inter-American Human Rights System and Transitional Justice in Latin America* 151. 2007. Washington D.C.

Calle Correa, María Victoria. *Aclaración de Voto en Sentencia C-400- 2013*.

COLOMBIA. Presidencia de la República. Decreto Ley 2591 de 1991

COLOMBIA. Congreso de la República. Ley 975 de 2005.

COLOMBIA. Congreso de la República. Acto legislativo 01 de 2012

COLOMBIA. Congreso de la República. Ley 1437 de 2011

CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DE SUDÁFRICA. Acto 200 de 1993. Capítulo 15, artículo 251. Disponible en: <http://www.gov.za/documents/constitution/constitution-republic-south-africa-act-200-1993>

COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. Caso Everton Bailey vs. Jamaica, Comunicación No. 709/1996.

CONSEJO DE ESTADO. Sentencia de la Sala Plena del 05/08/14. Rad. 02201-01. CP. Jorge Octavio Ramírez

CONSEJO DE ESTADO. Sección Segunda. Auto 2013-01129 del 29 de mayo de 2014 (Sección Segunda). MP. Bertha Lucia Ramírez De Páez. Rad. 01129-00

CONSEJO DE ESTADO. Sentencia del 05/08/14. Rad. 02201-01. M.P Jorge Octavio Ramírez.

COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. Caso Manuel Francisco Becerra Barney vs. Colombia. Comunicación No. 1298/ 2004

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos No 7: Control De Convencionalidad. Disponible en <http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/controlconvencionalidad8.pdf>

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Informe No. 44/08; Caso 12.448 (Fondo) Sergio Emilio Cadena Antolinez vs. Colombia.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Informe N° 50/00. Caso 11.298. Caso Reinaldo Figueredo Planchart Vs. Venezuela.

CORTE CONSTITUCIONAL. Auto 01 del 30 de abril del 2015. Reglamento interno de la Corte Constitucional. 2015.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-543 - 1992, M.P José Gregorio Hernández Galindo

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-406 - 1992, M.P. Ciro Angarita Barón.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-037 - 1996, M.P Vladimiro Naranjo Mesa.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-551- 2003, M.P Eduardo Montealegre Lynett.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-569. 2004, M.P Rodrigo Uprimny Yepes.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-970 - 2004, M.P Rodrigo Escobar Gil.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-590-2005, M.P Jaime Córdoba Triviño.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-792 - 2005, M.P Clara Inés Vargas Hernández.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-370- 2006, M.P Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Álvaro Tafur Galvis, Clara Inés Vargas Hernández

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1040 - 2005, M.P: Manuel José Cepeda, Rodrigo. Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Humberto Sierra Porto, Álvaro Tafur Galvis, Clara Inés Vargas Hernández.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-574 - 2011, M.P Juan Carlos Henao Pérez.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-400- 2013. Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa.

CORTE CONSTITUCIONAL. Comunicado No.23, 1 de Junio de 2016. Expediente D-10990. Sentencia C-285-2006. M.P Luis Guillermo Guerrero Pérez. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/comunicados/No.%2023%20comunicado%2001%20de%20junio%20de%202016.pdf>

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso del Caracazo V.s Venezuela. Sentencia de 29 de Agosto de 2002

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Comerciantes contra Colombia. Sentencia 5 de Julio de 2004

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso de las hermanas Cruz contra El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 marzo de 2005.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Radilla Pacheco Vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2009

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Masacres de Río Negro Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de septiembre de 2012

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso de la Masacre de La Rochela c. Colombia. Sentencia de 11 de Mayo de 2007

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos No 7: Control De Convencionalidad. Disponible en <http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/controlconvencionalidad8.pdf>

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Roberto Moreno Ramos vs. Estados Unidos, 28 de enero de 2005.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Javier Suárez Medina vs. Estados Unidos, 24 de octubre de 2005

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala Civil Sentencia del 04/09/14. Rad. N° 01999-00 M.P Fernando Giraldo Gutiérrez.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala Penal Sentencia del 05/12/15 Rad. N° 82691. MP. José Luis Barceló Camacho.

SEMANA. Declaración de Salvatore Mancuso, líder y vocero paramilitar del momento, en una audiencia en el Congreso. Ver “Vinieron, hablaron y se fueron. Armando Neira relata en exclusiva para SEMANA.COM los detalles de la polémica visita de los paramilitares al Congreso”, *Semana.com*, julio 29 de 2005.

FUNDACIÓN PARA EL DEBIDO PROCESO LEGAL. *“Las víctimas y la justicia transicional ¿Están cumpliendo los Estados latinoamericanos con los estándares internacionales?”* Washington, DC. Fundación para el Debido Proceso Legal. 2010.

GARCÍA ENTERRÍA, Eduardo. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Civitas, Madrid, 3a ed., 1994.

GOETZ, Mariana. “*The International Criminal Court and its Relevance to Affected Communities*” en Nicholas Waddel and Phil Clark: *Courting Conflict? Justice, Peace and the ICC in Africa* 65. London: Royal African Society. Londres, Reino Unido. 2008

GONZÁLEZ CUERVO. Mauricio. *Salvamento de voto a la Sentencia C-400- 2013*.

HAMBER, Brandon. *Transforming Societies after Political Violence: Truth, Reconciliation, and Mental Health*. Ed. Dordrecht: Springer. 2009.

HEIKKILA, Mikaela. *International Criminal Tribunals and Victims of Crime*. Institute for Human Rights, Abo Akademi University. 2004.

LANDA, César. *La fuerza normativa constitucional de los derechos fundamentales. En Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales: Fuerza Normativa De La Constitución*. Fundación Konrad-Adenauer-Stiftung. 2010.

MC CARNEY, Clem. “*Haciendo balance: El proceso de Paz en Irlanda*”. Centro de Investigación por la paz Gernika Gogoratz. 2001. Disponible en: <http://www.gernikagogoratz.org/web/uploads/documentos/0083b9c416829d85c778090e9b3702cebb1445f8.pdf>

MESA DE CONVERSACIONES. *Acuerdo General para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera*. 2015. Disponible en: <http://www.altocomisionadoparalapaz.gov.co/Documents/informes-especiales/abc-del-proceso-de-paz/acuerdo-general-proceso-paz.html>

MESA DE CONVERSACIONES. *Comunicado Conjunto # 64 del 15 de Diciembre de 2015. Acuerdo sobre las Víctimas del Conflicto*. Disponible en: <http://equipopazgobierno.presidencia.gov.co/acuerdos/Documents/acuerdo-punto-victimas.pdf>

MINISTERIO DE JUSTICIA Y DEL DERECHO. *Comunicado: Elementos Básicos de la Aplicación de la Jurisdicción Especial para la Paz a Terceros Civiles*. Disponible en es.presidencia.gov.co/Documents/20160525_AplicacionJurisdiccionPaz.pdf

MURCIA BALLEEN, Humberto. *Recurso de revisión civil*. Bogotá D.C. Grupo editorial Ibañez. 2006

OCHOA, Juan Carlos. *The Rights of Victims in Criminal Justice Proceedings for Serious Human Rights Violations*. Ed. Martinus Nijhoff. 2013.

O'DONELL, DANIEL. *Derecho Internacional de los Derechos Humanos: normativa, jurisprudencia y doctrina de los Sistemas Universal e Interamericano*. 2da

Ed. 2012. Disponible en
http://hchr.org.mx/images/doc_pub/DerechoIntlDDHH_Odonnell_2edicion.pdf

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS (ONU). *De la locura a la esperanza: la guerra de 12 años en El Salvador*. Informe de la comisión de la verdad para El Salvador. 1992-1993. Naciones Unidas.

SALMÓN, Elizabeth. *El Derecho Al Debido Proceso En La Jurisprudencia De La Corte Interamericana De Derechos Humanos*. Bogotá. Universidad del Rosario, 2012

SIN AUTOR. “¿Alternatividad penal o proyecto de perdón, olvido e impunidad? Semana, diciembre 12, 2013. Disponible en:
<http://www.semana.com/opinion/articulo/alternatividad-penal-proyecto-perdon-olvido-impunidad-ii/62866-3>

STOVER, Erick. *The Witnesses: War Crimes and the Promise of Justice in the Hague*. University of Pennsylvania Press. 2005

SUÁREZ OSMA, Ingrid. *Control De Convencionalidad Y Autoprecedente Interamericano*. n.p.: Bogotá : Ibáñez : Universidad de la Sabana, 2015.

UPRIMNY, Rodrigo. *¿Justicia transicional sin transición? Verdad, justicia y reparación para Colombia*. Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad. DeJuSticia. Bogotá - Colombia. 2003

UPRIMNY, Rodrigo. *En qué está el debate colombiano de la tutela contra sentencias*, en *La Constitucionalización de las sociedades contemporáneas*, U. Santo Tomás, Bogotá, 2007.

UPRIMNY, Rodrigo y SAFFON, María Paula. “*Justicia transicional y justicia restaurativa: tensiones y complementariedades*”. Disponible en:
<http://www.icbf.gov.co/portal/page/portal/PortalICBF/Especiales/prueba/Bienestar/SRPA/Tab/JT-y-JR.pdf>

UPRIMNY, Rodrigo. “*Las Leyes de Justicia y Paz en Colombia*” 2011. Disponible en: www.eunomia.tirant.com/wp-content/uploads/2011/05/Uprimny_Leyes-Justicia-y-Paz.doc

UPRIMNY, Rodrigo. Intervención en Audiencia Pública del 09 de septiembre de 2015 Acción de Inconstitucionalidad Contra el acto legislativo 02 de 2015 Disponible en: http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.776.pdf

TEITEL, Ruti. “*Transitional Justice Genealogy*”. *Harvard Human Rights Journal*, vol. 16. 2003

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. Aplicación 25878/94.
Caso Cooke vs. Austria. 2000.

TYLER, Tom. *Why People Obey the Law*. Princeton University Press. 2006.

VARNEY, Howards. “*Ignorando sus demae justicia, Sudáfrica Fracasa ante las víctimas del apartheid*”. [Entrevista transcrita] Realizada: 14 de enero, 2014 Disponible en: [://www.ictj.org/es/news/ignorando-sus-demandas-de-justicia-sudafrica-fracasa-ante-las-victimas-del-apartheid](http://www.ictj.org/es/news/ignorando-sus-demandas-de-justicia-sudafrica-fracasa-ante-las-victimas-del-apartheid)

INCIDENTE DE CONTROL DE CONVENCIONALIDAD DIFUSO PROYECTADO AL MODELO COLOMBIANO DE JUSTICIA TRANSICIONAL*

Semillero de Derecho Procesal
de la Universidad Libre, Sede Bogotá*

*Paula Natalia Guarnizo Muñoz**
*Galy Estefany Rincón Luna***
*Paula Andrea Velandia Rendón***¹*

Director del Semillero: Eduardo Andrés Velandia Canosa

Resumen

* Artículo inédito. Recibido 02 de septiembre de 2016 – Aprobado el 27 de noviembre 2017.

Para citar el artículo: GUARNIZO MUÑOZ, Paula Natalia; RINCÓN LUNA, Galy Estefany; VELANDIA RENDÓN, Paula Andrea. Incidente de control de convencionalidad difuso proyectado al modelo colombiano de justicia transicional. *Revista de Derecho Procesal Contemporáneo – ICDP*. No. 4, Enero – Junio de 2016. Bogotá: Instituto Colombiano de Derecho Procesal. pp. 152-182.

Este artículo es la base de la ponencia presentada por los autores en el XVII Concurso Internacional de Estudiantes de Derecho - Nivel Pregrado, que se realizó en el marco del XXXVII Congreso Colombiano de Derecho Procesal, celebrado del 31 de agosto al 2 de septiembre del 2016, en la ciudad de Medellín.

* Los autores son estudiantes que conforman el grupo de semillero de investigación en Derecho Procesal de la Universidad Libre.

¹ *Estudiante de Derecho Universidad Libre de Colombia, sede Bogotá. paula.guarnizo@hotmail.com

** Estudiante de Derecho Universidad Libre de Colombia, sede Bogotá, auxiliar del grupo de investigación Derecho Penal, Derecho Disciplinario y Derechos Humanos. Centro de Investigaciones Socio Jurídicas Universidad Libre de Colombia. galye.rinconl@unilibrebog.edu.co

***Estudiante de Derecho Universidad Libre de Colombia, sede Bogotá, auxiliar del grupo de investigación Sistema y Cultura Constitucional de la misma universidad. Centro de Investigaciones Socio Jurídicas Universidad Libre de Colombia. Miembro de la Asociación Colombiana De Derecho Procesal Constitucional & La Asociación Mundial de Justicia Constitucional. paulaandreavelandia@gmail.com

Con el objetivo de proteger los derechos humanos de quienes hagan parte de los programas de reparación de daños provenientes del conflicto armado colombiano, propuestos en el proceso de justicia transicional, se hace imperativo practicar el control de convencionalidad sobre los mismos, para que lo dispuesto se ejecute bajo las normas de la Convención Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), en el entendido que esta junto con la Constitución Política integran el sistema constitucional normativo. Tratándose de un acuerdo especial el proceso de paz propuesto en el marco de la justicia transicional colombiana, resulta insoslayable la observancia de la Convención, en razón de que se ven inmersos derechos humanos de las víctimas y de la sociedad colombiana en general. Por lo cual, se propone un mecanismo procesal convencional, denominado incidente de control de convencionalidad difuso, que permitirá garantizar los derechos de todas las víctimas del conflicto armado, que aun, siendo parte del proceso de paz no han sido reparadas integralmente.

Atendiendo a las características propias del conflicto y la dinámica de las normas para ajustarse a la realidad social del momento, el artículo se proyecta desde el campo socio jurídico, con el uso de la metodología teórica, resaltando la necesidad de la aplicación del mecanismo procesal propuesto para evitar la eventual responsabilidad internacional del Estado Colombiano.

Palabras Clave: Justicia transicional - Control de convencionalidad – Víctimas - Incidente de control de convencionalidad difuso -Reparación integral.

Abstract

In order to protect the human rights of people who are part of programs for damages from the Colombian armed conflict, suggested in the transitional justice process, it becomes imperative to practice conventionality control over them, as provided to under the rules of the American Convention on Human Rights (CIDH), with the understanding that in conjunction with the Constitution are part of the normative constitutional system. The case of a special agreement the peace process proposed in the context of the Colombian transitional justice, it is undeniable compliance with the Convention, because it immersed human rights of victims and Colombian society.

Therefore a conventional procedural mechanism called diffuse control incident conventionality, which will guarantee the rights of all victims of armed conflict, even being part of the peace process have not been integrally repaired is proposed. Regard to specific conflict characteristics and dynamics of the rules to fit the social reality of the moment, the article projecting from the socio legal field, with the use of the theoretical methodology, highlighting the need for the application of the procedural mechanism proposed to avoid possible international responsibility of the Colombian

State.

Key words: Transitional justice - Control of conventionality - Victims - Incident diffuse control of conventionality – Comprehensive reparation.

INTRODUCCIÓN

El fundamento por el cual se elabora el presente artículo es resolver el interrogante de si el modelo de justicia transicional acomodado al caso colombiano soporta el control de convencionalidad ejecutado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el entendido de que el control de constitucionalidad ha resultado favorable.

Para conocer si es posible que lo soporte o no, se hará una breve exposición del análisis de la aplicación del control de convencionalidad al caso en concreto, enfocado a las víctimas del conflicto armado, dilucidando si es menester la proposición de nuevas medidas para que este control sea positivo y prevenir que las víctimas tengan que acudir a instancias internacionales con ocasión a la violación de sus derechos por la incapacidad del Estado para garantizárselos.

El desarrollo de este opúsculo se despliega en cuatro etapas a saber, *i.* Aspectos generales del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, pues se hace necesario conocer su funcionamiento, su competencia y la obligatoriedad de acogerse a sus disposiciones, con el objetivo de argumentar que las funciones ejecutadas por el poder judicial y el Gobierno en general deben ser conforme lo dicta la Convención Interamericana de Derechos Humanos; *ii.* La justicia transicional en el caso colombiano, este aparte se desarrolla con la idea de contextualizar al lector para que conozca cómo ha sido el manejo del conflicto en Colombia a lo largo de su historia; *iii.* Generalidades del control de convencionalidad, este espacio se incorpora con el fin de explicar a qué hace referencia este control, quién lo ejecuta y su incidencia en el tratamiento del conflicto interno; *iv.* Jurisdicción Especial para la Paz, parte de este escrito está destinada a presentar la estructura de la jurisdicción creada para ejecutar los acuerdos planteados en el proceso de paz; y, por último, *v.* Propuesta, se expone allí un mecanismo mediante el cual se puede ejercer el control de convencionalidad difuso a través de los programas de reparación integral a las víctimas del conflicto armado.

Si bien es cierto que el proceso de paz que hoy se está ejecutando en la Habana, Cuba, está dirigido al conflicto en su integridad, es decir, a los actores del mismo, desde su investigación, las formas de sanción y ejecución; a las víctimas, desde los programas de verdad, reparación y los de garantías de no repetición; como en parte a asuntos en los que de alguna forma se evidencia la responsabilidad del Estado; como también a la construcción de una paz estable y duradera; no garantiza en su totalidad

que quienes han sido victimarios, víctimas, partícipes del conflicto y la población en general evidencien resultados que tal vez por la magnitud del conflicto no sean posibles de obtener, significando esto que no se trata de falta de competencia del Estado sino que sencillamente resulta ser imposible su capacidad para llegar a todos de forma particular.

Existe la posibilidad de que como consecuencia de la incapacidad del Estado para incluir a todas las personas en el proceso de paz a través de sus programas de reparación, algunas de las víctimas no hayan podido acogerse a ellos o que habiéndolo hecho no se evidencie reparación integral proporcional al grado del daño sufrido; en consecuencia, llegarían a acudir a instancias internacionales. Es por ello, que se expone una alternativa aplicable a estos casos, esta es, el incidente de control de convencionalidad difuso.

1. SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

Son una serie de conferencias las que le dan vida a la CIDH² con encuentros dirigidos a la promoción y protección de los Derechos Humanos³ (en adelante DDHH), lo que permite que el Consejo Interamericano de Jurisconsultos finiquite un proyecto de Convención Americana, el cual vendría a incluir la creación del tribunal de derechos humanos.

Para el año 1967 la Comisión Interamericana elabora un nuevo proyecto, que logra la adopción de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante CADH)⁴, logrando fortalecer la democracia y los DDHH en el continente⁵.

Composición y estructura

El Sistema Interamericano se compone de dos órganos. La Comisión, integrada por 7 miembros y la Corte está constituida por siete jueces permanentes.⁶ La cual

² Se resaltan; la conferencia interamericana sobre los problemas de la guerra y de la paz (1945), la cual, en 1948, siendo la novena conferencia interamericana, logra emitir la declaración americana de derechos y deberes del hombre y la carta de la organización de los derechos y deberes del hombre y la carta de las organizaciones de los estados americanos (OEA).

³ DDHH, siglas en plural de derechos humanos.

⁴ Conocido también como Pacto de San José de Costa Rica, el cual entró en vigencia en el año 1978 y se instaló en San José de Costa Rica el 03 de septiembre de 1979.

Más adelante este corpus iuris se ampliaría con 2 instrumentos internacionales que tomarían fuerza más adelante, el Reglamento de la Comisión, aprobado el 28 de noviembre de 2009 y el Reglamento de la Corte, aprobado el 24 de noviembre de 2009. Cada órgano de protección tiene un Estatuto.

⁵ Preámbulo de la Declaración interamericana de Derechos Humanos.

⁶ Postulados por los Estados mediante ternas o candidaturas individuales, votadas a su vez por los suscriptores de la Convención Americana. Quienes tienen una vigencia en el cargo de 6 años y eventualmente pueden reelegirse por una sola vez. Con la salvedad de que solo habrá entonces jueces ad-hoc cuando se trate de casos interestatales Véase,

trabaja de manera permanente a través de 6 o 7 periodos de sesiones en San José y otros países de América⁷, sesionando en pleno. Sus audiencias tienen la calidad de ser públicas, aunque se delibera a puerta cerrada. Es tribunal de última instancia, dándole carácter de inapelable, asimismo se toman decisiones con el Quorum⁸ (Conferencia Especializada Interamericana de Derechos Humanos, 1969).

Facultades y cuerpo normativo del Sistema Interamericano de Derechos Humanos

Es necesario resaltar que La Corte IDH opera, como una jurisdicción accesoria y complementaria⁹ a las nacionales, exigiendo el agotamiento de los recursos de jurisdicción interna. Teniendo a su cargo amplias atribuciones: consultivas, cuestiones contenciosas, facultades en materia de medidas provisionales y ascendientes de supervisión de cumplimiento de sentencias y otras resoluciones.

El tribunal interamericano actúa ante las instancias políticas de organización de los Estados Americanos (OEA), tanto a través de los informes que presenta como mediante gestiones directas y reuniones frecuentes para el estudio de problemas destacados del Sistema Interamericano. (García Roca, Fernandez, Santolaya, & Canosa, 2012).

Aplicación

Como lo menciona la Corte I.D.H en la sentencia Caso Almonacid Arellano contra Chile, las normas que reconocen los derechos humanos de la Convención son normas *SELF-EXECUTING* (auto-aplicativas. Es decir, de aplicación directa e inmediatamente por el juez) y deberán ser interpretadas y aplicadas por el juez en la forma que mejor favorezca a la persona humana, el titular y destinatario de los derechos humanos (principio *pro persone*). Por tanto, el juez tiene el deber *ex officio* de aplicar la Convención y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos interprete final de la Convención, garantizando la protección judicial del ser humano. En caso de incompatibilidad entre la norma interna (la Constitución, la ley, el acto administrativo, etc.) y la norma internacional (la Convención), *prevalecerá* en su aplicación ésta sobre aquella, lo que se denomina Control de Convencionalidad de las leyes.¹⁰

<https://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/actas-conferencia-interamericana-Derechos-Humanos-1969.pdf>

⁷ Cfr. (Díaz, Vargas, & Zúñiga, 2014, págs. 17 - 28)

⁸ Véase, Artículo 56 Pacto de San José de Costa Rica.

⁹ Principio de subsariedad

¹⁰ Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Párrafo 124

Función consultiva

La Convención Americana faculta a la Corte IDH para emitir opiniones consultivas¹¹. Con el objeto de coadyuvar al cumplimiento de las obligaciones internacionales de los Estados americanos en lo que concierne a la protección de los DDHH, así como al cumplimiento de las funciones que en este ámbito tienen atribuidos los distintos órganos de la OEA. En el mismo sentido, el artículo 64 aclara que el Tribunal Interamericano cuenta con atribuciones para interpretar el significado de cualesquiera tratados concernientes a la protección de los DDHH, en tanto sean aplicables a países americanos, junto con la compatibilidad de legislación interna con los tratados ratificados a condición de que no se inmiscuya en disputas ideológicas o contiendas de partidos que operan en el parlamento o en otros espacios del debate público.

Procedimiento de quejas o denuncias ante la comisión

La presentación de quejas, denuncias o peticiones ante la Comisión con motivo de la violación de DDHH abre la puerta al procedimiento ante las instancias internacionales, el cual podría culminar con la responsabilidad objetiva del Estado. Proceso que se compone en dos etapas; a saber, la primera en la cual se presenta un informe sobre el caso, con diversas características y/o el sometimiento de esta demanda a la Corte Interamericana¹² Puede formularlas cualquier persona, grupo de personas o entidad no gubernamental reconocida en uno o más Estados miembros de la Organización. Con esta etapa, bastaría para configurar el acceso al Sistema. No se requiere que lo formule quien fue víctima de una violación. (García Roca, Fernandez, Santolaya, & Canosa, 2012).

Adicionalmente, si la comisión resuelve plantear el caso ante la Corte conforme a criterios de oportunidad previstos en el reglamento de la propia comisión, el tribunal iniciara el procedimiento contencioso, junto con una segunda etapa que suprime la facultad a los particulares, no pueden solicitar directamente la apertura de un proceso ante la corte, carecen de acción procesal, solo pueden intervenir a título de partes, con rasgos sui generis, una vez que la comisión ha sometido el caso a la Corte. (Conferencia Especializada Interamericana de Derechos Humanos, 1969)

2. JUSTICIA TRANSICIONAL

¹¹Véase, Artículo 64 Los Estados miembros de la Organización podrán consultar a la Corte acerca de la interpretación de esta Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos. Así mismo, podrán consultarla, en los que les compete, los órganos enumerados en el capítulo X de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires. La Corte, a solicitud de un Estado miembro de la Organización, podrá darle opiniones acerca de la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y los mencionados instrumentos internacionales (Conferencia Especializada Interamericana de Derechos Humanos, 1969)

¹² Artículo 44 (Conferencia Especializada Interamericana de Derechos Humanos, 1969)

La Justicia transicional¹³ comprende una serie de mecanismos que tienen como finalidad acabar con una situación de guerra, contienda y/o conflicto en un lugar y tiempo determinado, con el interés de finalizar las hostilidades y la violencia generalizada sin suprimir la responsabilidad por las lesiones cometidas y el deber de reparar a las víctimas por violaciones graves y masivas a los DDHH.

La palabra *transición* implica el pasar de un estado o situación a otra, es decir, pasar de esa situación de hostilidad a una paz estable y duradera. En razón a lo anterior, la Corte Constitucional colombiana señala que puede entenderse por justicia transicional una institución jurídica mediante la cual se integren diversos esfuerzos que orienten a las sociedades a enfrentar las consecuencias provenientes de violaciones masivas y abusos generalizados o sistemáticos en materia de DDHH, dirigidos a la construcción de la paz, el respeto, la reconciliación y la consolidación de la democracia (2012). Sin embargo, esto no excluye la aplicación de instituciones penales corrientes dirigidas a situaciones que no se ajusten, por mandato legal, a la justicia transicional.

La importancia de la justicia transicional¹⁴ para el Centro Internacional para la Justicia Transicional (ICTJ) (2016) se enmarca en las violaciones masivas de los DDHH, en el entendido de que las víctimas tienen el derecho, oficialmente reconocido, a ser testigos de las sanciones impuestas a los autores de los daños sufridos, a conocer la verdad y a beneficiarse de los programas de reparación¹⁵

Como las violaciones sistemáticas a los DDHH no solo afectan a las víctimas directas sino al conjunto social en general, los Estados deben asegurarse de que esas violaciones no se repitan y, en consecuencia, deben especialmente reformar aquellas instituciones que estuvieron implicadas en esos hechos o fueron incapaces de impedirlos (The International Center for Transitional Justice, 2016).

Historia del grupo al margen de la ley las FARC-EP

El conflicto en Colombia tiene una historia oscura y dolorosa para la sociedad, incluso se puede afirmar que, a lo largo de la misma, el desarrollo y el avance del país se han visto comprometidos, tan es así que esa violencia se ha implantado como costumbre y diario vivir del pueblo colombiano desde hace más de cuarenta años¹⁶, es decir, uno de los conflictos armados internos de más trascendencia en la humanidad¹⁷.

La justicia transicional promovida por el proceso de paz contempla la negociación con uno de los dos grupos alzados en armas más antiguos del país, las

¹³ Cfr. (Centro Internacional para la Justicia Transicional, 2016) <https://www.ictj.org/es/mision>

¹⁴ Cfr. (Barona, 2011, págs. 9 - 18)

¹⁵ Véase al respecto (Rettberg, 2008)

¹⁶ Cfr. (Lair, 2016) “Es claro que el país se ha debilitado por la violencia endémica, la deficiencia del sistema judicial y una crisis económica sin precedentes desde los años 1930”.

¹⁷ Véase la publicación de Quaderns de Construcció de Pau N°17 (Escola de cultura de pau, 2016)

Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia – Ejército del Pueblo, en adelante FARC-EP; sin embargo, no es la primera vez, pues en oportunidades pasadas se practicaron procesos de desmovilización con otros grupos al margen de la ley resultando algunos exitosos y otros faltos de gloria¹⁸.

El definir cuál es el origen del conflicto resulta complejo, puesto que han existido a lo largo de la historia del país múltiples etapas del conflicto¹⁹ y diferentes actores. Sin embargo, la guerra en Colombia puede sintetizarse o subdividirse en periodos dentro de los cuales existe una caracterización especial y determinante en el despliegue de conductas lesivas para la sociedad,²⁰ las que generaron un declive en el acompañamiento del pueblo en la causa revolucionaria, convirtiendo el conflicto entre el Gobierno y las FARC-EP en un círculo vicioso entre armas, poder político, económico, narcotráfico y en general conductas al margen de la ley, oponiéndose a la voluntad popular y su interés. Las características del conflicto descrito implican *per se* una pugna multiparte entre factores, efectos y participantes del mismo, en la que las alianzas y los lazos de intereses comunes suelen crear y a su vez solidificar organizaciones al margen de la ley creando obstáculos para los modelos de negociación.

18Cfr. (Centro de memoria histórica, 2016) Los procesos de paz con el M-19, el EPL, el Quintín Lame y el PRT desde 1989 a 1991.

¹⁹Véase. Según, informe general ¡BASTA YA! Colombia: Memorias de guerra y dignidad, emitido por el centro de memoria histórica, las etapas del conflicto se enmarcan en ...la persistencia del problema agrario; la irrupción y la propagación del narcotráfico; las limitaciones y posibilidades de la participación política; las influencias y presiones del contexto internacional; la fragmentación institucional y territorial del Estado. Finalmente, también han estado relacionados, con los cambios y transformaciones del conflicto, los resultados parciales y ambiguos de los procesos de paz y las reformas democrática (Centro de memoria histórica, 2016, pág. 111).

²⁰ El primer periodo (1958-1982) marca la transición de la violencia bipartidista a la subversiva, caracterizada por la proliferación de las guerrillas que contrasta con el auge de la movilización social y la marginalidad del conflicto armado. El segundo periodo (1982-1996) se distingue por la proyección política, expansión territorial y crecimiento militar de las guerrillas, el surgimiento de los grupos paramilitares, la crisis y el colapso parcial del Estado, la irrupción y propagación del narcotráfico, el auge y declive de la Guerra Fría junto con el posicionamiento del narcotráfico en la agenda global, la nueva Constitución Política de 1991, y los procesos de paz y las reformas democráticas con resultados parciales y ambiguos. El tercer periodo (1996-2005) marca el umbral de recrudescimiento del conflicto armado. Se distingue por las expansiones simultáneas de las guerrillas y de los grupos paramilitares, la crisis y la recomposición del Estado en medio del conflicto armado y la radicalización política de la opinión pública hacia una solución militar del conflicto armado. La lucha contra el narcotráfico y su imbricación con la lucha contra el terrorismo renuevan las presiones internacionales que alimentan el conflicto armado, aunado a la expansión del narcotráfico y los cambios en su organización. El cuarto periodo (2005-2012) marca el reacomodo del conflicto armado. Se distingue por una ofensiva militar del Estado que alcanzó su máximo grado de eficiencia en la acción contrainsurgente, debilitando, pero no doblegando la guerrilla, que incluso se reacomodó militarmente. Paralelamente se produce el fracaso de la negociación política con los grupos paramilitares, lo cual deriva en un rearme que viene acompañado de un violento reacomodo interno entre estructuras altamente fragmentadas, volátiles y cambiantes, fuertemente permeadas por el narcotráfico, más pragmáticas en su accionar criminal y más desafiantes frente al Estado (Centro de memoria histórica, 2016, pág. 111)

Por consiguiente, fruto de las negociaciones que comenzaban a gestarse y con el objetivo claro de la consecución de la paz, el Gobierno Nacional produce una serie de instrumentos jurídicos que delimitan, proyectan y dirigen el proceso de justicia a partir del acto legislativo N°01 del 31 de julio de 2012²¹, en síntesis, la ley 975 del año 2005²², la cual origina el reconocimiento de los derechos de las víctimas y sus garantías, centrándose en el mecanismo de persecución penal, de la mano con los beneficios dispuestos para los victimarios colaboradores con el proceso de paz, junto de la ley 1424 del año 2010²³, ley 1448 de año 2011²⁴ dirigida a desarrollar la eventualidad asistencia, justicia y reparación las víctimas, exaltando tanto los daños individuales como colectivos, magnificando el derecho internacional humanitario y las graves violaciones de DDHH a partir del año 1985 como lo señalan diversas sentencias de la Corte Constitucional, delimitando la calidad de víctima y su modo de vinculación al proceso, incluso prevé la evitación de la re victimización de las mismas, contribuyendo a la evitación del sufrimiento en el esclarecimiento de los hechos.

A saber, los mecanismos avalados por la corte constitucional para el desarrollo del Marco Jurídico para la paz, *son*: Mecanismos de carácter extrajudicial para el esclarecimiento de la verdad y la reparación a las víctimas. Entre los mecanismos de esclarecimiento de la verdad, se prevé la creación de una comisión de la verdad. criterios de selección y priorización para el juzgamiento de los máximos responsables y los más graves crímenes; la renuncia condicionada a la persecución judicial penal y la suspensión condicional de la ejecución de la pena en los casos de quienes no fueron considerados máximos responsables, la aplicación de penas alternativas, de sanciones extrajudiciales y de modalidades especiales de cumplimiento (Ministerio de Justicia, 2016) en otras palabras, los ejes fundamentales de la justicia transicional, son la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición.

Verdad

Es imprescindible la existencia de las medidas que le permitan a las víctimas la obtención de la verdad, esclarecimiento de los hechos, integralidad y por ende la creación de las comisiones de verdad y la reconciliación, que le permita a los

²¹ Acto que señala la finalidad de la Justicia Transicional vinculando a las víctimas en el proceso, estableciendo la necesidad de las garantías de no repetición y las diferentes medidas de satisfacción para el resarcimiento de los daños originados en el conflicto Colombiano, junto con ello las comisiones de verdad y sanciones, haciendo uso de criterios de selección y priorización en las conductas delictivas tanto en la investigación, la sanción y el esclarecimiento de hechos, facultad que se encuentra principalmente dirigida por la Fiscalía General de la Nación, entre otras instituciones que se encargan de darle vida al proceso de paz en Colombia, por medio del renombrado Marco Jurídico para la Paz.

²² Cfr. (Insuasty, 2008, pág. 29 ss)

²³ La cual abrió paso a la colaboración de paramilitares en el proceso de descubrimiento del conflicto colombiano, conocida también como la ley de los desmovilizados acordando una serie de beneficios para los mismos.

²⁴ Conocida como ley de víctimas, se toman medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno

victimarios y a la víctima compartir un escenario de franqueza y perdón, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, señala: el derecho a la verdad como el derecho que asiste a las víctimas –directas e indirectas– de graves violaciones al DIH o al DIDH, como también a la sociedad en su conjunto, a conocer lo verdaderamente ocurrido en tales situaciones (Arturo, 2016).

Según Yasmin Naqvi el derecho a la verdad de las víctimas, familiares o de la sociedad, radica en recibir la información sobre los sucesos que le otorgaron esa calidad, en favor del proceso de recuperación de cada afectado, con el fin de recobrar la dignidad y reparar la vulneración de los derechos humanos (Naqvi, 2006).

Para la obtención de ese fin es ineludible el uso de las comisiones de verdad en los procesos de justicia transicional, con base en las experiencias internacionales²⁵ que dan cuenta de la necesidad de cerrar la brecha entre las partes en conflicto y la clarificación de los hechos e historias que se relatan en audiencias públicas, enlazado con la efectividad en la materialización de los acuerdos obtenidos dentro de las comisiones de verdad.²⁶

Respecto las medidas de justicia transicional es frecuente la conceptualización del fenómeno de la verdad²⁷ dentro del proceso de consecución de la paz, luego la

²⁵ La experiencia de la República de Chile tras el régimen implantado por Augusto José Ramón Pinochet Ugarte, militar que dirigió la dictadura de Chile desarrollada entre el 11 de septiembre 1973 y el 11 de marzo de 1990, dan cuenta de los abusos cometidos sobre la sociedad civil por ideologías políticas contrarias al régimen, configurando una plena violación de derechos humanos. Los pactos y los acuerdos nacientes del Referendo utilizado en ese país para la consecución del abandono del Régimen autoritario crean la comisión nacional de verdad y reconciliación, cuyo objetivo fue contribuir al esclarecimiento global de la verdad sobre las más graves violaciones a los derechos humanos, ya fuera en el país o en el extranjero, si estas últimas tuvieron relación con el Estado de Chile o con la vida política nacional (Ministerio del interior y seguridad pública del gobierno de Chile, 1991). La comisión entregó en el año 1991 el informe de la comisión nacional de verdad y reconciliación (Informe Rettig), donde se establece la recepción de 3.550 denuncias y/o casos. Además, el Decreto Chileno 2191, evidenciaba la ausencia de responsabilidad y completa amnistía frente a los delitos cometidos por los funcionarios durante el régimen impuesto. Situación que llegó a conocimiento de la CIDH en el caso Almonacid Arrellano y otros vs Chile sentencia en la cual se declara como inválido e inaplicable el decreto anteriormente señalado, por encontrarse en contra vía a las obligaciones internacionales contraídas por el vecino país.

²⁶ Evocar el caso de la República del Perú, entre los años 1980 y 2000, por el Partido Comunista del Perú - Sendero Luminoso (PCP-SL) y su alzamiento en armas, el cual generó el asesinato y destrucción del país, ejecuciones extrajudiciales, suplicios y en general la violación de derechos humanos se transformaron en el *modus vivendi* de la sociedad peruana, conflicto que terminó con la comisión de la verdad y la reconciliación con un estimado inadmisiblemente de víctimas que nunca contaron con algún tipo de representación ni identidad. Sin embargo, con las audiencias y la plausibilidad de responsabilidades, junto con las recomendaciones para la reparación de las víctimas, la memoria colectiva, el estropicio de la situación fue el sobreviniente incumplimiento de las responsabilidades adquiridas dentro de la comisión, el caso representativo de la situación peruana es el caso de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso Barrios Altos Vs. Perú, referente a la inadmisibilidad de las leyes de amnistía con la convención americana de derechos humanos.

²⁷ Véase, conceptualización de derecho a la verdad (Insuasty, 2008, págs. 62,63)

finalidad del mismo según el informe de americana latina por International Crisis Group²⁸ es “construir una memoria colectiva sobre el conflicto y sus patrones de violencia” (Crisis group, 2013).

En palabras de Priscilla Hayner, “La comisión de la verdad revelaría nuevos hechos acerca de las atrocidades, de las que ya se conoce mucho, aunque de ninguna manera su totalidad” (Department of political science - University of minnesota, 2011).

El caso colombiano señala teorías²⁹ encaminadas a que el valor más importante de cualquier tipo de informe en el marco de las comisiones de verdad es la reconstrucción de la memoria histórica “es la densa red de conexiones entre grupos armados, economía, la política y la violencia, la retaliación...” (Crisis group, 2013)

Justicia

En palabras del filósofo estadounidense John Rawls, “La justicia es la primera virtud de las instituciones sociales, como la verdad lo es de los sistemas de pensamiento. Una teoría, por muy atractiva, elocuente y concisa que sea tiene que ser rechazada o revisada si no es verdadera; de igual modo, no importa que las leyes e instituciones estén ordenadas y sean eficientes: si son injustas han de ser reformadas o abolidas. Cada persona posee una inviolabilidad fundada en la justicia que ni siquiera el bienestar de la sociedad en conjunto puede atropellar (Rawls, 2016).

En la declaración Americana de los derechos y deberes del hombre contempla el derecho a la justicia³⁰ de modo que el propósito de la Justicia transicional es cumplir esos estándares de equidad y satisfacción de las partes implicadas en la situación de conflicto y como se ha expuesto la amnistía³¹ es un factor determinante en las negociaciones de justicia transicional.

La amnistía³² se encuentra limitada en diferentes sentencias de la CIDH³³ la cual ha enfatizado en que los Estados parte de la Convención Americana no pueden

²⁸ Aclarese en International *crisis group working to prevent conflict worldwide*

²⁹ Propuesta indispensable de Rodrigo Uprimny Yepes como consecución de la verdad judicial y extrajudicial, la verdad historia y no fragmentada.

³⁰ Artículo 9 de la declaración americana de los derechos y deberes del hombre. Toda persona puede recurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos. Asimismo, debe disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia lo ampare contra actos de la autoridad que violen, el perjuicio suyo, alguno de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente (Americana, 1948)

³¹ Elementos de la amnistía y posibilidad de la aplicación en Colombia (Insuasty, 2008, pág. 49)

³² Véase CIDH, Informe 26/92, Caso 10.287, Masacre Las Hojas, El Salvador, 24 de septiembre de 1992 y CIDH, Informe 29/92, Casos 10.029, 10.036, 10.145, 10.305, 10.372, 10.373 y 10.375 Uruguay, 2 de octubre de 1992.

invocar disposiciones de su derecho interno, tales como leyes de amnistía, para incumplir su obligación de garantizar el funcionamiento completo y debido de la justicia. ..., al ser incompatibles con la Convención Americana, estas leyes de amnistía carecían de efectos jurídicos y no podían constituir un obstáculo para la investigación, identificación y castigo de los responsables de violaciones de derechos consagrados en la Convención Americana (Caso Barrios Altos vs. Perú, 2001).

En síntesis, la experiencia internacional reafirma que no es posible formular auto amnistías, amnistías, leyes de punto final o indultos totales, porque se estaría contrariando de forma directa las disposiciones supranacionales³⁴.

Incluso, señala que podrían estos indultos trasgredir las disposiciones de la declaración internacional³⁵ como la protección de todas las personas contra la desaparición forzada, en la cual se establece, que de ninguna manera podrían llegar a exonerarse los sujetos activos de la conducta de ninguna amnistía especial o medidas análogas que tengan como efecto la exoneración de sanción penal, por la gravedad inmersa en el delito³⁶.

Reparación

Para la Corte IDH, la reparación posee un vínculo directo con las trasgresiones a los DDHH y en especial a los derechos de las víctimas³⁷, de modo que la implementación de disposiciones internacionales para la experiencia colombiana se aprecia en la ley 1448 del año 2011³⁸, la cual, señala que la reparación comprende las medidas de restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición, en sus dimensiones individual, colectiva, material, moral y simbólica³⁹.

³³ “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 graves de los 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” (Caso Barrios Altos vs. Perú, 2001)

³⁴ En concordancia con la (Amnistía e indulto, 2012)

³⁵ Profundice en (Aguilar, 2003, págs. 88 - 90)

³⁶ Véase el documento (Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, 1992)

³⁷ Prácticas sistemáticas de desapariciones forzadas, ejecuciones extrajudiciales, masacres, violaciones a las garantías del debido proceso Incluso las cuestiones que se han analizado más recientemente en relación a derechos como igualdad y no discriminación o libertad de expresión, han demostrado que es prácticamente imposible la aplicación de la restitutio in integrum perse como forma de reparar el daño que se ha causado (Siri, 2011)

³⁸ Cfr. (Reina, 2013, págs. 167 - 207)

³⁹ Es necesario resaltar que no ha cumplido la expectativa institucional puesto que la implementación de la anterior propuesta contiene contrariedades, por diversos factores entre los cuales se pueden destacar las fallas estructurales, conceptuales, institucionales, económicos, entre otras que afectan la materialización de los derechos propuestos en el marco y desarrollo de la ley puesto que planteo unas

Cada una de estas medidas será implementada a favor de la víctima dependiendo de la vulneración en sus derechos y las características del hecho victimizante. (Congreso de la República, 2011).

La reparación comprende en la mayoría de los casos la posibilidad de acceder a una reparación por vía administrativa o judicial⁴⁰, con base en el principio de enfoque diferencial, es decir, que las ayudas humanitarias de asistencia y reparación integral de la ley del año 2011, las cuales permanecer cobijadas por esa clasificación de edad, género, orientación sexual o discapacidad contribuyan a la eliminación de esquemas que pudieron generar los hechos victimizantes y la implementación de la justicia restaurativa.⁴¹

La Corte Constitucional estableció el Conjunto de Principios para la protección y promoción de los DDHH, esclarece las dimensiones correspondientes al derecho que les asiste a las víctimas adoptando medidas individuales relativas a: i) restitución, (ii) indemnización, (iii) rehabilitación, (iv) satisfacción y (v) garantía de no repetición” mientras que las medidas colectivas corresponden a la satisfacción de alcance general como la adopción de medidas encaminadas a restaurar, indemnizar o readaptar los derechos de las colectividades o comunidades directamente afectadas por las violaciones ocurridas (Derechos fundamentales invocados: al debido proceso y al acceso a la administración de justicia., 2013).

El enfoque de esta ley permitió crear un registro unificado de víctimas en Colombia afectadas por distintos delitos, algunos de lesa humanidad o enmarcados como crímenes de guerra. No obstante, la reparación recibida por las víctimas a pasado de ser un reconocimiento de responsabilidad por parte del Estado a ser un formalismo

herramientas que las instituciones y la burocracia, en el mal sentido, han despilfarrado. Las mismas en algunas ocasiones tienen que implementarse contra el Estado debido a que la situación de algunas víctimas ha sido causada por los agentes estatales incurriendo en la responsabilidad establecida en el Artículo 90 de la Constitución Política de 1991, mientras que la población restante de víctimas ha sido ultrajada por grupos al margen de la ley, quienes quedan exentos en la práctica de reparar a las víctimas, al menos patrimonialmente, por cuanto no ostentan unos recursos “propios”, sin embargo, la reparación integral debe ser comprendida dentro de un todo como lo son la reparación por medio de la verdad, la justicia y la garantía de no repetición elementos propios de la justicia transicional como lo ha establecido la Defensoría del Pueblo y algunos organismos internacionales, dentro de los más destacados están Amnistía Internacional y el Centro Internacional para la Justicia Transicional.

⁴⁰Planteando una colaboración armónica entre las entidades estatales para la consecución de los fines de restauración y la atención a los derechos de todas las víctimas, derechos que comprenden, beneficios, atención, inclusión en la toma de decisiones que comprendan los derechos integrales de las personas en situación de víctimas del conflicto armado y demás que les permitan a todas las personas vivir libres de violencia.

⁴¹ Entiéndase por resultado restaurativo el acuerdo encaminado a atender las necesidades y responsabilidades individuales y colectivas de las partes y a lograr la reintegración de la víctima y del infractor en la comunidad en busca de la reparación, la restitución y el servicio a la comunidad (Ruiz, 2010)

convertido a una reparación simbólica, aunque no siempre, que permite una resiliencia a la persona afectada⁴²

Se requiere entonces de un fortalecimiento institucional y económico que permita al Estado y a sus agentes reparar integralmente a las víctimas, concediendo y reconociendo un mínimo de derechos junto con la creación de un fondo para la reparación integral de las víctimas realmente efectivo⁴³

Garantías de no repetición

Según la interpretación de la unidad para las víctimas de la República de Colombia,⁴⁴ creada por la ley 1448 del año 2011, dirigida a fomentar el desarrollo de las políticas sociales que garantizan la no repetición, otorgando un acompañamiento integral de las víctimas del conflicto, creando alianzas, incentivando a diferentes entidades territoriales proyectos dirigidos a la reconciliación nacional.

La garantía de no repetición en su dimensión preventiva⁴⁵ y reparadora⁴⁶ comprende la implementación de diferentes políticas y programas, estrategias e indicadores que posibilite la erradicación del conflicto de manera continuada, es así, como la unidad de restitución de tierras, los programas de vivienda, los indicadores de infancia y adolescencia, le otorgan las herramientas al gobierno para la evitación del resurgimiento de cualquier modalidad del conflicto, un avance loable en lo respectivo es el Registro Único de Víctimas⁴⁷, sin embargo, como se ha expuesto,

⁴²Uno de los puntos cruciales son las fuentes de financiamiento que permiten reparar patrimonialmente a las víctimas y devolverles las tierras de las cuales fueron despojadas algunas de ellas. El punto estratégico de la ley de víctimas como se le conoce a la Ley 1448 de 2011 es la realización de una caracterización de la población afectada donde no se consideren los niveles de pobreza y no haya segregación o marginalidad por los factores sociales o culturales ya conocidos (sexo, edad, raza, etnia, orientación sexual o ideologías políticas).

⁴³ Según el artículo 149 de la ley 1448 del año 2011 Actualmente existe un sin sabor entre la población afectada al observar que los requerimientos exigidos por el Estado para acceder a una reparación integral comprometen un tiempo exacerbado e injustificado, que dilata y compromete la efectividad de la ley de víctimas, en cuanto al acceso a la salud, a la educación, al trabajo, a la seguridad social, entre otros, tal es el caso de la fase de solicitud, la fase exploratoria, la de análisis, retorno y finalmente de seguimiento, para que la víctima pueda acceder a las reparaciones después de un proceso tedioso.

⁴⁴Véase el artículo 149 de la ley 1448 del año 2011

⁴⁵ La dimensión preventiva surge de la obligación internacional que tienen los Estados de prevenir las violaciones a los derechos humanos e infracciones al derecho internacional humanitario, y cobra especial importancia en procesos transicionales donde el riesgo persiste y no basta con reparar los daños ya infligidos sino prevenir los futuros. Por ejemplo, el desminado y la prevención de reclutamiento. (Gobierno de Colombia - Unidad para las víctimas)

⁴⁶ La dimensión reparadora se refiere a acciones que correspondan a mitigar los daños infringidos a las víctimas en violación a sus derechos humanos e infracciones al derecho internacional humanitario, teniendo en cuenta acciones de carácter institucional, político, económico y social que beneficien a la sociedad en general. (Gobierno de Colombia - Unidad para las víctimas)

⁴⁷ Clasificación de víctimas dependiendo del objeto del delito que le causó la lesión, luego entonces, hasta el momento existe un total a fecha de corte 01 de mayo de 2016 de 8.040.748 de víctimas

existe la irrealizable la individualización de las víctimas por cuanto la violencia en el país ha dejado centenares de lesionados tanto física como moral y psicológicamente, de la mano con el daño al proyecto de vida y demás categorías de daño que han sido creadas por la jurisprudencia de la CIDH.⁴⁸ Lesiones que deben resarcirse con ayuda de medidas de satisfacción⁴⁹, proporcionando la indemnización Compensatoria⁵⁰, en las cuales se compensa el daño emergente, daño material, moral o psicológico lucro cesante y entre otras medidas que constituyen reparación⁵¹ y garantizan la no repetición de actos violentos.

3. CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

Aspectos generales

El control de convencionalidad es el análisis que practica la CIDH sobre los casos sometidos a su jurisdicción verificando si los preceptos normativos internos de un país y las decisiones emitidas por las autoridades nacionales son compatibles con los mandatos plasmados en la CADH⁵². Sin embargo, esta labor no se limita solamente a la CIDH, sino que también debe ser ejecutada por los Estados que hacen parte del tratado, pues es de esta forma que sus jueces se encuentran acogidos a ella⁵³. El

registradas, desplazamiento, incluso existen clasificaciones de víctimas directas e indirectas, y los sujetos de atención y reparación dentro del conflicto armado. (Gobierno de Colombia - Unidad para las víctimas)

⁴⁸ Véase <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r33008.pdf> Págs. 160-165

⁴⁹ Ej. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras.

⁵⁰ Sentencia de 21 de Julio de 1989, Serie N°. 7, Protección de la Convención americana de Derechos Humanos.

⁵¹ Cfr. (Martín, López Cárdenas, & Restrepo Medina, 2014)

⁵² Cfr. Rey Cantor, como lo citó Miranda Bonilla (2015) expone que “El control de convencionalidad es un mecanismo que ejerce la Corte IDH comúnmente denominada la Corte de San José de forma subsidiaria, complementaria en el evento de que el derecho interno (Constitución, ley, actos administrativos, jurisprudencia, prácticas administrativas o judiciales, etc.) es incompatible con la Convención Americana sobre Derechos Humanos y otros tratados -aplicables-, mediante un examen de confrontación normativa (derecho interno con el tratado), en un caso concreto”.

⁵³ Cfr. Del caso de Almonacid Arellanos Vs. Chile. Excepciones preliminares, fondos, reparaciones y costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006, este caso se consagra como uno en los que percibe la aparición de la acepción y la propuesta del control de convencionalidad: “La Corte es consciente 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 ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, 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” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2015, pág. 4). El profesor Miguel Carbonell por su parte, en su obra *Introducción general al control de convencionalidad*, destaca, también, la obligación de los Estados de someterse a las

profesor Villalba Bernié (2015) propone que esta tarea cumple una función complementadora respecto de la obligatoriedad de la aplicación de los mandatos de la CADH y en la orden de inaplicar toda normatividad, hablando de los ordenamientos internos, cuando sea contraria sus disposiciones.

Se hace imperativo considerar que el ordenamiento interno debe desarrollarse en concordancia con el ordenamiento internacional por tratarse de una labor que optimiza la garantía los derechos de las personas, en el entendido de que las disposiciones internas y el acervo legal supranacional constituyen un solo sistema constitucional normativo que custodia los Derechos Humanos (Villalba Bernié, 2015), estructurando entonces el llamado bloque de constitucionalidad⁵⁴.

En razón a lo anterior, es admisible avocar la explicación emitida por el profesor Rey Cantor (2008) al proponer, por un lado, que la CADH sirve como parámetro para ejercer un control de constitucionalidad sobre las normas internas de un país, pues cuando una norma interna viola otra que hace parte de la CADH la Corte Constitucional debe calificar a aquella como inconstitucional y por otro, que cuando un Estado es parte del tratado los jueces que hacen parte de su jurisdicción deben acogerse a esas estipulaciones supranacionales al momento de aplicar las normas internas, entendiéndose que su labor está determinada por un control de constitucionalidad de forma abstracta⁵⁵.

El control de convencionalidad conforme lo expone Villalba (2015) puede comprenderse desde dos aspectos a saber: el primero desde el marco internacional presentándose como una actividad desarrollada por la jurisdicción supranacional, la CIDH se encarga de juzgar disposiciones internas observando si son o no compatibles con la Convención de tal forma que si no lo resultan ser ella propone reformarlas o derogarlas; esta labor se fundamenta en el objetivo de respetar y proteger los DDHH bajo la vigencia de la Convención pretendiendo suprimir la idea de que Constitución Política es el único parámetro de validez de los DDHH, pues las normas

consideraciones de la Convención Americana de Derechos Humanos por los Estados Parte de la siguiente manera: “El control de convencionalidad es consecuencia directa del deber de los Estados de tomar las medidas que sean necesarias para que los tratados internacionales que han firmado se apliquen cabalmente. Recordemos que el artículo 1° de la Convención Americana de Derechos Humanos señala que los Estados parte se comprometen a respetar los derechos que ella establece, pero también a ‘garantizar’ su pleno y libre ejercicio” (Carbonell, pág. 69)

⁵⁴ Rodolfo Piza citado por Rey Cantor (2008) al referirse a que una de las formas de resolver conflictos dentro de la esfera interna de un país es la idea de la fuerza constitucional del derecho internacional explica que “...existe en el ordenamiento jurídico interno la posibilidad de que los tratados y convenios internacionales, o el derecho internacional general tenga rango constitucional: ni superior ni inferior a la Constitución.” En palabras del profesor Rey Cantor “Es decir, que un tratado de derechos humanos formará parte del contenido de la Constitución, integrando una unidad, que en algunos ordenamientos constitucionales se denomina *bloque de constitucionalidad*” (pág. LXIX)

⁵⁵ Cfr. (Rey Cantor, 2008, pág. LXXII) “si la incompatibilidad se presenta con el tratado se activará el control de convencionalidad de las leyes en sede nacional, con el fin de inaplicar la ley aplicando el tratado”.

supranacionales al tener una posición suprema se erigen junto con la Constitución como el sistema constitucional de la región. Segundo, desde el marco concreto, el control de convencionalidad obliga a que en el orden interno el poder judicial aplique las normas de la CADH como los fallos emitidos por la CIDH por ser precedentes obligatorios⁵⁶.

4. JURISDICCIÓN ESPECIAL PARA LA PAZ

Acuerdo general para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera

El proceso de paz que se está ejecutando por Colombia está plasmado en el *Acuerdo general para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera*, este Acuerdo se configura como el acervo de disposiciones que se van a llevar a la práctica de forma conjunta entre el Gobierno Nacional y el grupo guerrillero las FARC-EP, cuyo objetivo principal es ponerle fin al conflicto armado y como consecuencia de ello, construir una paz que sea susceptible de mantenerse en el tiempo.

Para que este objetivo sea posible y pueda llevarse a la realidad colombiana, es imperativo adoptar una serie de disposiciones y algunos procesos que se ajusten a las necesidades de la población en general y conforme a las exigencias del proceso a lo largo del tiempo. Así las cosas, es menester configurar la manera en que se va a acoger la etapa del postconflicto en aras de cumplir con el objetivo principal y, además, garantizar y respetar los derechos fundamentales de quienes han sido parte del conflicto.

En razón a lo anterior el Gobierno propone el Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición (SIVJRNR) mediante el cual se crea la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP) que se encargará, en su momento, de ejecutar funciones judiciales y con la cual el Estado cumplirá con sus obligaciones de “investigar, esclarecer, perseguir, juzgar y sancionar las graves violaciones a los derechos humanos y las graves infracciones al Derecho Internacional Humanitario (DIH) que tuvieron lugar en el contexto y en razón del conflicto armado” (Oficina del Alto Comisionado para la Paz, 2015).

⁵⁶Cfr. Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala. Fondo, reparaciones y costas, sentencia de 25 de noviembre de 2003 de la Corte Interamericana de Derechos humanos, citada por Villalba Bernié (2015) expone que la idea del control de convencionalidad está dada por la consideración que se tiene que para una misma situación susceptible de aplicar la Convención u otro tratado se preferirá la norma más favorable. Esta, se trata de una de las primeras sentencias con las que la Corte empieza a presentar formalmente la acepción de control de convencionalidad.

Las funciones judiciales que están destinadas para que las ejecute la JEP se encuentran divididas en cinco órganos que son: La Sala de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas; la Sala de Amnistía e Indulto; la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas; la Unidad de Investigación y Acusación; y el Tribunal para la Paz, conformado, este a su vez, por cinco secciones: 1) Sección de primera instancia en los casos de reconocimiento de responsabilidad; 2) Sección de primera instancia en los casos de ausencia de reconocimiento de responsabilidad; 3) Sección de apelación; 4) Sección de revisión; y, 5) Sección de estabilidad y eficacia. Se agrega a esta división, la Secretaría Ejecutiva, que se encargará de la administración, gestión y ejecución de los recursos de la JEP bajo la orientación de la Presidencia de la misma.

Acuerdo sobre las víctimas del conflicto

La propuesta de la división anterior cumple, por una lado, con las expectativas de la forma en la que se van a acoger quienes cometieron conductas delictivas dentro del conflicto armado, las sanciones que se van a implementar como la forma en que se van a ejecutar; y, por otro lado, el Estado, en concordancia con lo dispuesto en el Acuerdo General, dirigiendo su atención sobre las víctimas, tal como se propuso en el punto 5 del mismo, reconoce la importancia del resarcimiento de las mismas tomando en consideración sus derechos humanos y la necesidad de la obtención de la verdad, por lo que plantea el Acuerdo sobre las Víctimas del conflicto considerando que el Sistema Integral está compuesto por diferentes mecanismos judiciales y extrajudiciales que se pondrán en marcha de manera coordinada con el fin de lograr la mayor satisfacción posible de los derechos de las víctimas, rendir cuentas por lo ocurrido, garantizar la seguridad jurídica de quienes participen en él, y contribuir a alcanzar la convivencia, la reconciliación, la no repetición, y la transición del conflicto armado a la paz (Oficina del Alto Comisionado para la Paz, 2015).

Dentro de este Acuerdo se presentan la Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición; la Unidad para la Búsqueda de personas dadas por Desaparecidas; las medidas de reparación integral para la construcción de la Paz y la Jurisdicción Especial para la Paz. Dentro de las medidas de reparación integral para la construcción de la paz se proponen: las acciones concretas de retribución a la reparación; actos tempranos de reconocimiento de responsabilidad; la reparación colectiva en el fin del conflicto; la restitución de tierras; los procesos colectivos de retornos y la rehabilitación psico-social.

Las medidas de reparación integral para la construcción de la paz

Según informe emitido por la Oficina del Alto Comisionado para la Paz (2015), son siete las medidas de reparación integral, así que, para efectos de mejor comprensión dentro de este escrito se hace una exposición de manera sucinta de las mismas de la siguiente manera: i.) actos tempranos de reconocimiento de responsabilidad colectiva:

lo harán tanto el Gobierno como las FARC-EP, mediante actos formales, públicos y solemnes, como pedir perdón, reconocimiento de la responsabilidad de los daños causados y manifestación de compromiso a la reparación; ii.) acciones concretas de contribución a la reparación: como la reconstrucción de infraestructura de los sitios más afectados, limpieza y descontaminación de minas, programas de reforestación como también la búsqueda, identificación y recuperación de personas muertas o que fueron dadas como desaparecidas, entre otras; iii.) reparación colectiva en el fin de conflicto: mediante la definición de las zonas de acuerdo a nivel de victimización y afectación para aplicar los Planes de Desarrollo Rural con Enfoque Territorial (PDET), se acogerán a esta medida los grupos y organizaciones a quienes va dirigido el Plan, como también grupos inclusivos, partidos políticos y sociales; iv.) rehabilitación psico-social: se hará a través de la implementación de estrategias de rehabilitación comunitaria ampliando la cobertura pública y el despliegue territorial; v.) procesos colectivos de retorno de personas en situación de desplazamiento y reparación de víctimas en el exterior: para esta medida se propone la implementación de una Política de Reparación de Víctimas junto con el acuerdo de Reforma Rural Integral y para quienes se encuentran en el exterior el Gobierno propondrá planes de retorno a refugiados y exiliados en razón al conflicto armado; vi.) medidas sobre restitución de tierras: va en concordancia con los procesos de reparación colectiva, los de desarrollo territorial y los que surjan de la finalización del acuerdo; y por último, vii.) Fortalecimiento participativo de la política de atención y reparación integral a las víctimas: se trata de inclusión de las víctimas, es decir, se acogerán las existentes, organizaciones de las mismas y las que no hagan parte de las instancias anteriores, por lo que el Gobierno propondrá políticas para la ejecución de esta medida, y se adiciona a esto el trabajo de las FARC-EP en su compromiso de reparar de manera integral y material a las mismas.

Tal como lo propone el Gobierno, estas medidas de reparación se acogerán de forma conjunta con el Sistema Integral, por lo que “la contribución a la reparación será condición para recibir cualquier tratamiento especial de la justicia” (Oficina del Alto Comisionado para la Paz).

5. PROPUESTA

Incidente de control de convencionalidad

El incidente de reparación integral se configura como una petición formulada por quien se considere víctima del conflicto armado interno con ocasión al proceso de paz en general⁵⁷, es decir, que luego de practicadas las disposiciones de reparación propuestas por el Gobierno, quien es víctima considera que aún no ha sido reparada,

⁵⁷ Cfr. (Velandia Canosa, 2013, pág. 147) El profesor expone que “la doctrina del derecho procesal es unánime en considerar, que un incidente se tramita cuando debe resolverse algún asunto accesorio o diferente al planteado en la pretensión”.

tal vez, porque la cobertura del Estado no ha sido suficiente; así las cosas, el Gobierno en aras de defender y garantizar los derechos fundamentales de las personas sometidas a su jurisdicción y en especial, para el caso en concreto, de las víctimas, como también en razón al control difuso de convencionalidad, le permite a la persona recurrir a esta petición, pues el incidente se presenta como una figura necesaria para lograr la efectividad del proceso de reparación conforme a la realidad del País, de la persona a reparar y de la posibilidad del Estado para hacerlo, es menester entonces considerar que su capacidad esté orientada a la optimización de este proceso y pueda, en la mayor medida posible, satisfacer las necesidades de la víctima.

El conflicto armado en Colombia se presenta como una situación de especial envergadura, es decir, la afectación recae sobre una gran cantidad de la población de tal forma que se impide su individualización⁵⁸, es por eso que el Estado se ve limitado en su labor de resarcir a todo el conglomerado víctima y divisa, en últimas, implantar procesos de reparación colectiva como un único recurso que cobije a todos quienes han sido vulnerados, empero, como lo señala Serrano Galvis (2015) “...no todas las víctimas ostentan el mismo nivel de afección y por ende no en todos los casos el principio que se aplique para su reparación será el mismo...” (pág. 164), y agrega, aunque se refiera actos terroristas en su obra que “la individualización del daño se torna esencial ..., para poder ejercer las acciones concretas a que haya lugar y obtener su reparación” (pág. 164); sin embargo, en el caso del proceso de paz para finalizar con el conflicto y reparar a las víctimas, es imperativo, por la defensa y la garantía de sus derechos fundamentales, tratar de llegar a ellas de forma individual con el objetivo de satisfacer a la persona por el daño causado mediante su reparación.

En concordancia con lo anterior es insoslayable pensar en la forma en la que las víctimas quieran acceder a la administración de justicia en el evento en el que el umbral de reparación no resulte ser suficiente como se espera con el Acuerdo sobre las Víctimas del conflicto, en específico, sobre la efectividad de las medidas de la reparación integral para la construcción de la paz, por lo que es probable que se considere admisible que las víctimas acudan a la justicia ordinaria como recurso excepcional, a través de una demanda ordinaria, sin embargo, este planteamiento no resultaría ser el pertinente para proporcionarle a estas personas la atención especial de la justicia en general⁵⁹, esto sin perjuicio de que la labor ejecutada por ella siempre está

⁵⁸ Cfr. (Serrano Galvis, 2015, pág. 163) “Algunas conductas generan dos clases de daños, unos los que se han ocasionado de manera específica a una persona o a un grupo de ellas y, otros los que no se han inferido a un sujeto en concreto, sino que han trascendido a la comunidad dentro de la cual se presenta el hecho y aún más allá”.

⁵⁹ Díez Picazo, como lo referenció Serrano Galvis (2015). Respecto al asunto de si la justicia ordinaria puede ser destinada como un mecanismo de reparación cuando las víctimas consideren que no lo han sido mediante la JEP, desde el enfoque de la justicia transicional, que es el tema del que trata este opúsculo, el argumento del autor puede acomodarse a la problemática aquí expuesta, con base en que no resulta ser la mejor salida cuando de daño colectivo se trate, así las cosas en palabras de Serrano Galvis referenciando a Díez Picazo “...al referirse a eventos en que hay multiplicidad de daños; estima el autor que en estos casos la dificultad se presenta en el aspecto procesal, mas no, en la parte sustancial;

orientada a la satisfacción de las necesidades y la defensa de los derechos de todas las personas que se encuentran bajo la circunscripción nacional.

A modo de conclusión, la mejor opción para que las víctimas acudan a la administración de justicia, con ocasión a la imposibilidad involuntaria del Estado de repararlas, ora por la imposibilidad de la individualización, ora por falta de cobertura aun cuando se amplíe en el territorio nacional conforme a los niveles de victimización, como anteriormente se hizo mención, ora porque es imposible, como ya se vio, por los grados de afección que resultan ser diferentes respecto de unas personas a otras, un incidente de control de convencionalidad se presenta como la mejor forma de reparación individual de fácil acceso, pronta y eficaz, de tal manera, que el resultado de esta petición beneficie no solamente a quien lo presentó en concreto, sino que se extienda a la población en general⁶⁰.

Proviene resaltar que la propuesta que se desarrollará a continuación prevé no solamente la satisfacción individual e integral de la víctima, sino que además se consagra como la última oportunidad del Estado de resarcir los daños cometidos de una manera eficaz y celeridad en procura de prevenir las futuras acciones de quienes se sientan insatisfechos ante instancias internacionales como podría ser la CIDH.

Aspectos procesales

habiendo multiplicidad de afectados por un hecho específico, el que cada uno de ellos ejecute las acciones con independencia de los demás, implica que se generen procesos de gran envergadura, de complejo manejo...” Además de la complejidad que pueda surgir del caso, se aumentarían los niveles de congestión y el resultado, evidentemente sería que por ningún lado se supliría la necesidad de reparación de las víctimas y habría, en últimas, una inminente violación a sus derechos fundamentales.

⁶⁰ Véase En labor complementadora de la idea en exposición, Serrano practica una breve exposición respecto del daño que resulta afectando a una colectividad desarrollada desde el Derecho Anglosajón de la siguiente manera: “...el principio en el que se fundan las *class action* del Derecho Anglosajón, en donde la pluralidad de perjudicados implica la imposibilidad de reunirlos en una sola acción y el ejercicio de las mismas por cada uno de los perjudicados puede conducir a pronunciamientos contradictorios. Así las cosas la sentencia que por el ejercicio de esta acción se pronuncie, resulta efectiva para todo el conjunto de personas que se encuentren en la situación específica” (Serrano Galvis, 2015, pág. 165). Para el tema objeto de este trabajo, que es de reparar a las víctimas en la mayor medida posible, la iniciativa de configurar el incidente de reparación como un mecanismo para tratar aquellos casos en los que no ha sido suficiente o ha sido imposible la reparación, se presenta no solamente para que se acojan de manera independiente, porque podría suceder como lo demuestra Serrano en la cita anterior, que haya contradicción en las decisiones, sino que esta tarea se ejecute de manera íntegra, de tal forma que si hay eventos similares se pueda decidir uniformemente conforme criterios analógicos, por lo que se empezaría entonces a tejer la red de precedentes que servirá para reducir los niveles de inseguridad en las decisiones. Pero los beneficios no se orientan solamente a fundar seguridad y rapidez, sino que, las víctimas podrían tener una posición activa frente a las formas de reparación y de esa forma ayudar a otros que también han sufrido algún daño, así en palabras de este mismo autor referido a las víctimas “...la participación activa en procura de ser beneficiarios de ayudas por parte del Estado, incluso participando en los debates legales y sugiriendo, en algunas ocasiones, alternativas para la atención de las víctimas” (Serrano Galvis, 2015, pág. 166).

Activación del incidente

El incidente de reparación podrá presentarse por las víctimas que no hayan sido reparadas integralmente dentro de los programas de reparación implementados por el Gobierno Nacional dentro del marco del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición (SIVJRNR), o también, lo podrán hacer mediante apoderado siempre que la persona así lo desee.

Se presentará ante cualquier agente del ministerio público o jueces de la República para que estos resuelvan dentro de los quince (15) días siguientes a su recepción, sin embargo, en el evento en que el agente al que se sometió a conocimiento esta petición no resuelva en el tiempo estipulado inicialmente, tendrá la posibilidad de prorrogarlo por un lapso igual al propuesto, siempre que se presente debida justificación⁶¹.

La presentación del mismo será de forma escrita y no se sujetará al cumplimiento de trámites o exigencias fútiles ni a ninguna forma o procedimiento preestablecido en aras de garantizar su celeridad y eficacia.

Contenido del incidente

La solicitud contendrá los siguientes elementos:

i. Agente al que se dirige; *ii.* nombres y apellidos completos del peticionario y /o apoderado en el evento en el que se haya recurrido alguno, identificación, domicilio o lugar donde recibirá correspondencia, teléfonos y correo electrónico si lo tuviere; *iii.* la petición de reparación; *iv.* fundamentos de la petición; *v.* en el caso en que el peticionario posea documentos que fundamenten el incidente deberá relacionarlos dentro del mismo; *vi.* firma del peticionario.

Respondiendo a que el incidente no debe acogerse a ninguna formalidad, la autoridad que vaya a examinarlo no podrá desestimarlos con el argumento de que está incompleto o que faltan documentos que son innecesarios para resolverlo.

Preferencia de atención al incidente

Los agentes ante quienes se les presente el incidente deberán darle atención preferente en razón a la defensa y garantía de los derechos humanos de las personas y de quienes son víctimas, razón de esta propuesta. Su prioridad está justificada en la labor

⁶¹ Cfr. El Consejo Superior de la Judicatura mediante el *Módulo de aprendizaje auto dirigido - plan de formación de la rama judicial* (2014) Aunque el incidente de control de convencionalidad no es propiamente una demanda sí debe acogerse a los principios que orientan el proceso ordinario, por lo tanto, en aras de cumplir con una justicia pronta y eficaz dirigido a la resocialización de la víctima, se hace "... necesario que al justiciable se le resuelva el conflicto de manera pronta, *sin que por ello se sacrifique el derecho sustancial*" (pág. 22). (NdelE: Bastardillas fuera del texto original).

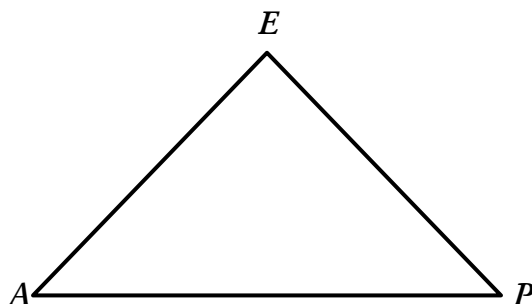
imperativa de practicar el control de convencionalidad a las disposiciones encaminadas a la reparación integral de las víctimas del conflicto armado, de tal forma que no haya violación de sus derechos, sino que sea una acción con enfoque teleológico de satisfacer las necesidades de quienes acudan al mismo, de garantizar sus derechos como ya se ha reiterado y de proporcionarle la seguridad de que el Estado aporta todos los mecanismos que estén a su alcance para lograr estos efectos⁶².

Sobre los agentes destinados a resolver el incidente

Lo podrá recepcionar cualquier agente del ministerio público o jueces de la República que estén capacitados mediante los programas de derechos humanos impartidos por el Ministerio de Justicia del país⁶³.

Procedimiento

En la siguiente gráfica se explica el desarrollo procesal y la posición que cada una de las partes adquiere dentro del desarrollo del incidente.



La víctima que es el sujeto activo (A) activará el incidente mediante formulación escrita al agente (E) destinado para determinar si debe hacerse o no efectiva, este remitirá

⁶²Del informe N° 42/00, Caso 11.103, Pedro Peredo Valderrama (México), 13 de abril de 2000, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en un informe emitido sobre la seguridad ciudadana y derechos humanos en el párrafo 63 expone la necesidad de los Estados de proponer todos los mecanismos necesarios para garantizar los derechos de las personas de la siguiente manera: “...en reiteradas ocasiones sobre las obligaciones de los Estados Miembros respecto a las víctimas de la violencia y el delito, conforme al artículo 1.1 de la Convención Americana que establece la obligación de los Estados partes de garantizar el ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en dicho instrumento, la cual comprende el deber de organizar el aparato gubernamental de manera tal que sea capaz de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación, los Estados partes tienen el deber jurídico de prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos protegidos en la Convención Americana (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2009). (NdelE: Destacado fuera del texto original).

⁶³ Cfr. La Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Gelman Vs Uruguay, fondo y reparaciones, sentencia 24 de febrero de 2011 (2011), expuso sobre la necesidad de capacitar a los funcionarios públicos sobre los Derechos Humanos como una de las medidas de garantía de no repetición.

entonces a la entidad (*P*) especial, como sujeto pasivo, propuesta como ente que hace parte de la Jurisdicción Especial para la Paz, encargada de examinar la solicitud para que dicte si la persona deberá o no recibir alguna forma de reparación integral diferente a las propuestas por el programa de reparación implementado por el Gobierno. La remisión que el agente haga a la entidad especial para su evaluación, hace referencia al ejercicio del derecho de contradicción que tendrá el Estado, representado por este ente, para que tenga la posibilidad de contestar de manera positiva a lo solicitado u oponerse a ello con debida justificación.

Con lo anterior se concluye la posición que ostenta cada uno de los sujetos dentro del incidente y que la decisión emitida por un tercero, que es un funcionario del ministerio público o un juez, resultará del examen practicado sobre los argumentos presentados por cada uno de los ellos.

Audiencia sumaria de decisión

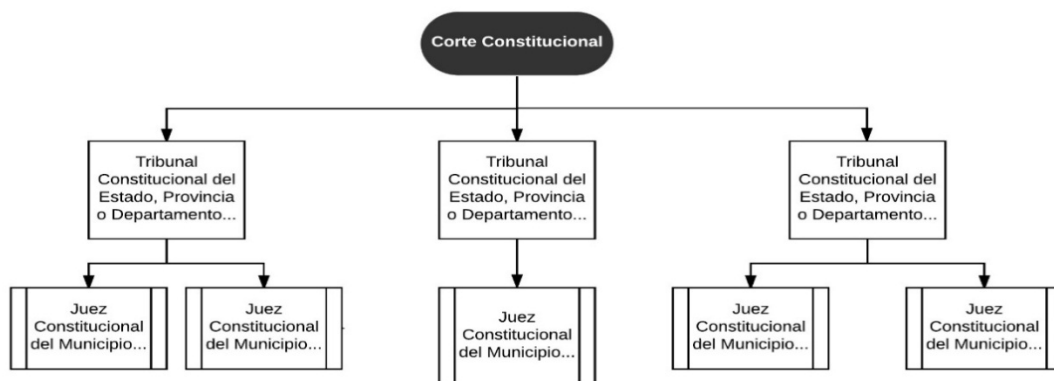
La fecha de la audiencia será la fijada por el agente en conocimiento en la respuesta por él emitida. El tiempo entre la respuesta al incidente y la fecha de la audiencia no podrá ser superior a quince (15) días.

Esta audiencia de decisión será desarrollada en tres etapas: *i.* Etapa de exposición y argumentación, la víctima fundamentará su calidad de tal, expondrá los motivos por los cuales acudió al incidente de reparación y la razón de las peticiones de reparación y su necesidad de serlo; *ii.* etapa de probatoria, aquí se exhibirán las pruebas consignadas en el incidente y las que deba demostrar la entidad especial; *iii.* etapa de decisión, el agente resolverá el incidente de manera fundamentada y a pesar de ser oral, dejará constancia por escrito de su decisión.

Segunda instancia

Conocerán en segunda instancia dos entes, para reparaciones económicas estarán designados los tribunales constitucionales y para reparaciones a través de medios de satisfacción conocerá la Corte Constitucional.

Atendiendo a la jerarquía de la jurisdicción constitucional especializada propuesta, el profesor Velandia Canosa dispone que hablar de una jurisdicción constitucional o multinivel, implica entender que la justicia constitucional no se limita a la decisión de la Corte Constitucional, toda vez que hoy se presentan conflictos constitucionales a nivel nacional, departamental (estatal o provincial) y municipal, por lo que en aras de logra una verdadera justicia constitucional y una descongestión del Tribunal Constitucional, deben adoptarse además tribunales con competencia territorial a nivel estatal, provincial y departamental, así como jueces constitucionales con competencia municipal, quedando la estructura de la siguiente manera:



(Velandia Canosa, 2013, pág. 144)

Conclusión

La ratificación del Pacto de San José de Costa Rica implica que el Estado colombiano debe regir sus decisiones bajo el principio internacional *pacta sunt servanda* frente a la Convención Americana de Derechos Humanos y las decisiones emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como también someterse a la interpretación que ella hace de la misma. Es por ello, que el ejercicio del Gobierno Nacional y del poder judicial deben atender no solamente los mandatos nacionales, sino que los internacionales también para lograr el fin último que es optimizar la defensa y garantía de los derechos humanos.

La Constitución y la Convención configuran juntas el sistema normativo constitucional a través del cual el ordenamiento interno se despliega, es decir, las normas nacionales deben ajustarse no solamente a la Carta Política siendo que ella no es la única fuente de validez, sino, también, a la Convención Americana de derechos humanos y demás postulados normativos que emanen de otros tratados internacionales, los cuales forman el bloque de constitucionalidad.

En este sentido, se justifica que es imperativo realizar el control de convencionalidad sobre el acuerdo de paz desarrollado en la Habana, Cuba, pues involucra de manera directa la forma en que van a ser protegidos los derechos humanos de las víctimas y victimarios, para el estudio en concreto, visto desde los mecanismos implementados por el Gobierno para la reparación integral de las víctimas.

El control de convencionalidad propuesto desarrollado sobre el acuerdo de paz puede ser soportado formalmente, mas no, desde el punto de vista material, sin embargo, puede ser positivo siempre que el Gobierno proponga instrumentos idóneos

donde las víctimas acogidas dentro del proceso de justicia transicional sean reparadas integralmente y con ello se les garantice no solo su resarcimiento sino la protección futura de sus derechos, impidiendo de esta forma, que las personas tengan que acudir a instancias internacionales como consecuencia del trabajo insuficiente del Estado para repararlas de manera integral y la incapacidad de defender sus derechos.

La efectividad de la labor del Estado para cumplir con el acuerdo especial propuesto para el proceso de paz debe acomodarse a las necesidades reales de la población afectada, pues es menester que haga una observación holística de los aspectos económicos, sociales, políticos y jurídicos del país en general, en especial, de los sectores más afectados por el conflicto interno, implicando esto que los resultados de los programas que se van a ejecutar por el Gobierno sean conforme a los requerimientos de las víctimas en especial, razón de este trabajo, como de los victimarios para el logro de una paz estable y duradera. Para el Estado es imposible llegar de manera individual a cada uno de los afectados, en razón al tiempo del conflicto interno y consecuentemente de la cantidad de personas víctimas, por lo que su propuesta se acomoda a programas de reparación colectiva, sin embargo, es pertinente reconocer las características del hecho victimizante y además, el grado de afectación que se produjo, por lo que las personas no podrían repararse de la misma manera, resultando muchas de ellas no beneficiadas por un programa que las repare integralmente.

Es en razón a lo anterior que este trabajo se desarrolló con el objetivo de proponer un mecanismo procesal mediante el cual las víctimas, que no hayan sido reparadas de manera integral a través de los programas de reparación ejecutados por el Gobierno, tengan la oportunidad de solicitarla ante la jurisdicción ordinaria, respondiendo los jueces ordinarios al control de convencionalidad difuso, tal como lo ordena la Corte Interamericana mediante sentencia *Gelman Vs. Uruguay*, que todos los funcionarios públicos y todos los jueces que hagan parte de la jurisdicción ordinaria deben en el ejercicio de sus funciones acogerse a la Convención Interamericana y no solamente a los preceptos normativos internos, con el fin último de proteger y optimizar los derechos de las personas que hagan parte de la circunscripción nacional. Es de esta forma como se logra que el control de convencionalidad sea practicado y se defiendan con esta tarea los derechos de los afectados por el conflicto armado.

El mecanismo procesal al que se hace referencia es el incidente de control de convencionalidad difuso, se trata entonces de un mecanismo procesal a través del cual las personas que ostenten la calidad de víctima acudan a la administración y a la rama judicial a través de los jueces ordinarios a solicitar su reparación integral, este recurso debe entenderse como accesorio al proceso general que es el proceso de paz, de allí su nombre de incidente.

Como el fin último es garantizarle a cada una de estas personas el acceso a la administración y la posibilidad de reclamar el resarcimiento por los daños sufridos mediante la reparación integral, las víctimas pueden activar el incidente a través de una

formulación escrita ante un funcionario de cualquier entidad pública o ante cualquier juez demostrando su calidad de tal y la necesidad de una reparación integral, el agente que lo reciba deberá enviar el incidente a la entidad especializada destinada a examinar las solicitudes, la cual hará parte la Jurisdicción Especial para la Paz, en donde se hará efectivo el ejercicio del derecho de contradicción, pues la entidad determinará si la persona efectivamente deberá ser reparada integralmente de acuerdo al daño por ella soportado remitiendo esa respuesta al agente a quien se le entregó la solicitud, dando respuesta a la víctima de lo estudiado y proponiendo una audiencia en la cual se practicarán los argumentos de conclusión propuestos por cada una de las partes, permitiendo que en este mismo espacio se alleguen las pruebas presentadas y solicitadas ya practicadas, y que en ella se emita la decisión si deberán proponer o no formas de reparación integral.

Es conveniente resaltar que la propuesta que se desarrolla en este trabajo se presenta no solamente como un medio de satisfacción individual e integral de la víctima, sino que además se consagra como la última oportunidad del Estado de resarcir los daños cometidos de una manera eficaz y celer, garantizando, a su vez, la protección y optimización de los derechos de las víctimas, procurando prevenir futuras acciones de quienes se sientan insatisfechos ante instancias internacionales como podría ser a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos

Bibliografía

- Acto Legislativo N° 1 (31 de Julio del 2012). <http://www.fiscalia.gov.co/jyp/wp-content/uploads/2012/07/Acto-Legislativo-01-de-2012.pdf>
Expediente D-8593 (Corte Constitucional 08 de Febrero de 2012). Recuperado el 2016, de https://www.ictj.org/ictj/docs/Ley1448/Sentencia_de_constitucionalidad-Ley1448-C-052-12.pdf
Aguilar, E. E. (2003). *¿Necesidad o impunidad? Las leyes de amnistía en los procesos de paz, de los conflictos de caracter no internacional*. Bogotá D.C - Colombia: Universidad Externado de Colombia.
Americana, I. C. (1948). *Organización de los Estados Americanos*. Recuperado el 12 de 03 de 2016, de <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/declaracion.asp>
Amnistia e indulto, Sentencia C - 695 de 2002 (Corte Constitucional de la Republica de Colombia 28 de Agosto de 2012). Recuperado el 16 de Abril de 2016, de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/C-695-02.htm>
Arturo, L. A. (25 de marzo de 2016). Elementos estructurales del derecho a la verdad. *Civilizar ciencias sociales y humanas Universidad Sergio Arboleda vol. 12 n° 22*. Obtenido de

- http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1657-89532012000100003
- Barona, I. F. (2011). *Derecho Internacional y Justicia Transicional cuando el derecho se convierte en religión*. Navarra: Thomson Reuters.
- Carbonell, M. (s.f.). <http://www.juridicas.unam.mx>. Recuperado el 25 de Febrero de 2016, de <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3271/11.pdf>
- Caso Barrios Altos vs. Perú (Corte Interamericana de Derechos Humanos 14 de Marzo de 2001). Obtenido de http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_75_esp.pdf
- Caso Gelman Vs. Uruguay (Corte Interamericana de Derechos Humanos 24 de Febrero de 2011).
- Centro de memoria histórica. (4 de Marzo de 2016). <http://centrodememoriahistorica.gov.co/>. Obtenido de http://centrodememoriahistorica.gov.co/descargas/informes2013/bastaYa/capitulos/basta-ya-cap2_110-195.pdf
- Centro de memoria histórica. (1 de Marzo de 2016). <http://centromemoria.gov.co/>. Obtenido de <http://centromemoria.gov.co/los-proceso-de-paz-con-el-m-19-el-epl-el-quintin-lame-y-el-prt-desde-1989-a-1991/>
- Centro Internacional para la Justicia Transicional. (23 de Febrero de 2016). www.ictj.org. Obtenido de <https://www.ictj.org/es/mision>
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2009). *Informe sobre seguridad ciudadana y derechos humanos*. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Recuperado el 12 de Abril de 2016, de <http://www.cidh.org/countryrep/seguridad/seguridadindice.sp.htm>
- Conferencia Especializada Interamericana de Derechos Humanos. (22 de Noviembre de 1969). *Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas - Derechos Humanos*. Recuperado el 13 de Marzo de 2016, de http://www.hchr.org.co/documentoseinformes/documentos/html/pactos/conv_americanas_derechos_humanos.html
- Congreso de la República. (10 de Junio de 2011). *Secretaría del Senado de la República de Colombia*. Recuperado el 18 de Mayo de 2016, de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1448_2011.html
- Consejo Superior de la Judicatura. (2014). <http://www.ejrlb.com>. Recuperado el 6 de Abril de 2016, de <file:///C:/Users/paula/OneDrive/Documentos/MÓDULO%20DE%20APRENDIZAJE%20CIVIL.pdf>
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (Noviembre de 2009). <http://www.corteidh.or.cr/>. Obtenido de http://www.corteidh.or.cr/sitios/reglamento/nov_2009_esp.pdf
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2015). <http://www.corteidh.or.cr/>. (C. Nash, & M. d. Dinamarca, Edits.) Recuperado el 16 de Marzo de 2016, de

- <http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/controlconvencionalidad8.pdf>
- Crisis group. (2013). *Informe sobre America Latina N° 49,29*. Colombia. Obtenido de <http://www.crisisgroup.org/~media/Files/latin-america/colombia/049-transitional-justice-and-colombia-s-peace-talks.pdf>
- Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas. (18 de Diciembre de 1992). Paris, Francia. Obtenido de http://www.hchr.org.co/documentoseinformes/documentos/html/pactos/declaracion_sobre_proteccion_personas.html
- Department of political science - University of minnesota. (2011). The Impact of Human Rights Trials in Latin America. *Unspeakable Truths*, 11-13. Recuperado el 28 de Marzo de 2016, de <http://jpr.sagepub.com/content/44/4/427.abstract>
- Derechos fundamentales invocados: al debido proceso y al acceso a la administración de justicia., Sentencia SU915/13 (La Corte Constitucional de la República de Colombia 04 de Diciembre de 2013). Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2013/SU915-13.htm>
- Díaz , Á., Vargas, B., & Zúñiga. (2014). *El acceso al sistema interamericano de Derechos Humanos*. Madrid - España: Reus S.A.
- Escola de cultura de pau. (1 de Marzo de 2016). <http://escolapau.uab.es/>. Obtenido de http://escolapau.uab.es/img/qcp/procesos_paz_colombia.pdf
- García Roca, J., Fernandez, P. A., Santolaya, P., & Canosa, R. (2012). *El dialogo entre los sistemas Europeo y Americano de Derechos Humanos*. Navarra: Thomson Reuters .
- Gobierno de Colombia - Unidad para las victimas. (s.f.). *Unidad de Victimias*. Recuperado el 2016, de <http://rni.unidadvictimas.gov.co/>
- Insuasty, S. M. (2008). *La ley de Justicia y Paz en el marco de la convencion americana de derechos humanos*. Bogotá D.C. Colombia: Ediciones Nueva Juridica.
- Lair, E. (1 de Marzo de 2016). Colombia: Una guerra contra los civiles. *Revista Colombia Internacional - Universidad de los Andes*, 135-147.
- Martín, A. G., López Cárdenas, C. M., & Restrepo Medina, M. A. (2014). *Responsabilidad internacional y del Estado, encrucijada entre sistemas para la proteccion de los derechos humanos*. Bogotá D.C - Colombia: Universidad del Rosario - Facultad de Jurisprudencia.
- Ministerio de Justicia. (13 de marzo de 2016). *Justicia Transicional*. Obtenido de <http://www.justiciatransicional.gov.co/node/24#sthash.dh3VuzUC.dpuf>
- Ministerio del interior y seguridad publica del gobierno de chile. (1991). *Informe Rettig*.
- Miranda Bonilla, H. (2015). El control de convencionalidad como instrumento de diálogo jurisprudencial en América Latina. *Revista Jurídica IUS Doctrina N° 12*, 5. Recuperado el 23 de Febrero de 2016
- Naqvi, Y. (2006). El derecho a la verdad en el derecho internacional ¿verdad o ficción? *International review on the red cross* .

- Oficina del Alto Comisionado para la Paz. (15 de Diciembre de 2015).
<http://www.altocomisionadoparalapaz.gov.co/>. Obtenido de
<http://www.altocomisionadoparalapaz.gov.co/Documents/informes-especiales/abc-del-proceso-de-paz/abc-jurisdicion-especial-paz.html>
- Oficina del Alto Comisionado para la Paz. (Diciembre de 2015).
<http://www.altocomisionadoparalapaz.gov.co/>. Obtenido de
<http://www.altocomisionadoparalapaz.gov.co/Documents/informes-especiales/abc-del-proceso-de-paz/abc-medidas-reparacion-integral-para-construccion-paz.html>
- Oficina del Alto Comisionado para la Paz. (Diciembre de 2015).
<http://www.altocomisionadoparalapaz.gov.co/>. Obtenido de
<http://www.altocomisionadoparalapaz.gov.co/Documents/informes-especiales/abc-del-proceso-de-paz/victimas.html>
- Oficina del Alto Comisionado para la Paz. (2015).
www.altocomisionadoparalapaz.gov.c. Obtenido de
<http://www.altocomisionadoparalapaz.gov.co/Documents/informes-especiales/abc-del-proceso-de-paz/abc-medidas-reparacion-integral-para-construccion-paz.html>
- Reina, J. V. (2013). Análisis comparativo de los diseños institucionales que regulan la participación de las víctimas en Colombia: antes y después de la Ley 1448 de 2012. *Estudios Socio Jurídicos* 16 (1), 167 - 207.
doi:<http://dx.doi.org/10.12804/esj16.1.2014.04>
- Rettberg, A. (2008). *Reparación en Colombia ¿Qué quieren las víctimas?*
Bogotá D.C.: Deutsche Gesellschaft fur Technische Zusammenarbeit (GTZ) GmbH.
- Rey Cantor, E. (2008). *Control de convencionalidad de las leyes y derechos humanos*. México: Porrúa. Recuperado el 19 de Marzo de 2016
- Rey Cantor, E. (2008). *Control de convencionalidad de las leyes y derechos humanos*. México: Porrúa.
- Ruiz, D. B. (2010). *Justicia Restaurativa reflexiones sobre la experiencia de Colombia*. Loja - Ecuador: Universidad Tecnica Particular de Loja.
Recuperado el 26 de Abril de 2016, de
<http://www.icbf.gov.co/portal/page/portal/PortalICBF/Bienestar/SRPA/Tab/JR-en-Colombia.pdf>
- Serrano Galvis, S. (2015). *Reparación de los daños causados por el terrorismo*. Bogotá D.C.: Ibáñez.
- Siri, A. J. (2011). El concepto de reparación integral. *Revista Internacional de Derechos Humanos*, 59 - 79. Obtenido de
<http://www.corteidh.or.cr/tablas/usuario/frank/30948.pdf>
- The International Center for Transitional Justice. (25 de Marzo de 2016).
www.ictj.org. Obtenido de <https://www.ictj.org/es/que-es-la-justicia-transicional>

Velandia Canosa, E. (2013). El control incidental de constitucionalidad en un modelo mixto de origen dual y paralelo. En E. Velandia Canosa, *Derecho Procesal Constitucional* (pág. 147). Bogotá D.C. : VC Editores Ltda.

Villalba Bernié, P. (2015). *Jurisdicción supranacional : el procedimiento en el sistema interamericano de derechos humanos y el control de convencionalidad*. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica.

COMPONENTES DEMOCRÁTICOS DE LA JUSTICIA TRANSICIONAL SOBRE LOS ESTÁNDARES CONVENCIONALES DE LOS DERECHOS DE LAS VÍCTIMAS*

Semillero de investigación en Derecho Procesal
de la Unidad Central del Valle del Cauca**

*Jhonatan Fernando Amador Devia, Daniela Becerra Possu,
Leidy Vanessa Casilimas Ramirez, Oriana Córdoba Narváez,
Bryan Steven Duque Ramírez, Jampier Florez Sarria,
Juan José Marmolejo Osorio, Alexandra Meneses Marín,
Nicole Tatiana Tamayo Victoria, Anny Karina Torres Muñoz*

Directora del semillero: *María Patricia Balanta Medina*¹
Docente Co-investigador: *Arlex Martínez Artunduaga*¹¹

* Artículo inédito. Recibido 02 de septiembre de 2016 – Aprobado el 27 de noviembre 2017.

Para citar el artículo: AMADOR DEVIA, Jhonatan Fernando; BECERRA POSSU, Daniela; CASILIMAS RAMIREZ, Leidy Vanessa. Componentes democráticos de la justicia transicional sobre los estándares convencionales de los derechos de las víctimas. *Revista de Derecho Procesal Contemporáneo – ICDP*. No. 4, Enero – Junio de 2016. Bogotá: Instituto Colombiano de Derecho Procesal. pp. 148-181.

Este artículo es la base de la ponencia presentada por los autores en el XVII Concurso Internacional de Estudiantes de Derecho - Nivel Pregrado, que se realizó en el marco del XXXVII Congreso Colombiano de Derecho Procesal, celebrado del 31 de agosto al 2 de septiembre del 2016, en la ciudad de Medellín.

** Los autores del artículos son miembros del semillero de Derecho Procesal de la Unidad Central de Valle del Cauca.

¹ Abogada de la Unidad Central del Valle del Cauca de Tuluá, especialista en Comercio Internacional de la Universidad Jorge Tadeo Lozano, en Derecho de Familia y en Derecho Procesal Civil de la Universidad Externado de Colombia y en Contratos y Daños en la Universidad de Salamanca (España). Magíster en Filosofía del Derecho Contemporáneo en la Universidad Autónoma de Occidente en convenio con la Universidad Carlos III de Madrid (España) y Magíster en estudios avanzados en Literatura hispanoamericana en el Centro Universitario Internacional de Barcelona (España). Doctora en Filosofía Jurídica y Política con distinción cum laude en la Universidad de Jaén (España). Actualmente se desempeña como Magistrada de la Sala Civil Familia del Tribunal Superior de Buga. Presidenta del Capítulo Buga – Valle del Cauca del Instituto Colombiano de Derecho Procesal.

¹¹ Miembro del Capítulo de Buga – Valle del Cauca. Co- investigador del Semilleros de Derecho Procesal de la Unidad Central del Valle del Cauca.

Resumen

Esta investigación de contenido socio-jurídico advierte la existencia de componentes democráticos dentro de los procesos que se llevan a cabo para materializar la justicia transicional, desde una perspectiva formal y político-estructural del Estado, cuya principal finalidad consiste en implementar políticas públicas y mecanismos acordes a los componentes de verdad, justicia y reparación, desde las cuales se procura la protección de los derechos de las víctimas del conflicto armado, siendo una exigencia inminente introducir al bloque de constitucionalidad los estándares de convencionalidad. La adopción de tales medidas propende por el restablecimiento y protección de los derechos a los cuales se agrega, por vía jurisprudencial: “la garantía de no repetición”, las cuales constituyen un marco de obligaciones que las víctimas reclaman del Estado. Advierte este grupo de investigación que para la materialización de los componentes democráticos es un imperativo que las víctimas gocen de participación, como componente sustancial de legitimidad de los derechos convencionales. Finalmente, el grupo propone un diseño institucional de participación que potencialice los mecanismos ya existentes y que consolide los componentes democráticos, aproximando, para la nación colombiana, un modelo idóneo para la construcción de una paz territorial estable y duradera.

Palabras clave: justicia transicional, estándares de convencionalidad, víctimas, componentes democráticos, control de convencionalidad.

Abstract

This research of social judicial content warns the existence of democratic components within the processes that are held to realize the transitional justice from formal perspective and political structural state, whose main purpose is to implement public policies and mechanisms according to the components of truth, justice and reparation, from which the protection of the right of the victims of armed conflict is sought, one imminent demand is to introduce a constitutional blockage to the standards of conventionality.

The adoption of such measures aims from the restoration and protection of the right to which it is added, by way precedent. “The guarantee of non-repetition”, which will constitute a framework of obligations that victims claim to the state. This research warns that it is imperative that victims enjoy the participation, as a component of legitimacy of conventional rights for materialization of democratic components. Finally this group proposes an institution design of participation to strengthen the existing mechanisms and consolidate the democratic components, for the Colombian nation, an iconic model for the construction of peace.

Key words: transitional justice, standards conventionality, victims, democratic components, control of conventionality.

INTRODUCCIÓN

La presente investigación de contenido socio-jurídico presenta una importante revisión bibliográfica que incluye doctrina y jurisprudencia nacional y foránea, buscando analizar en un primer capítulo los componentes democráticos de la justicia transicional; en un segundo momento nos referimos a los estándares convencionales de la justicia transicional con respecto a los derechos de las víctimas y finalmente nos ocupamos de los componentes democráticos de la justicia transicional como garantía de cumplimiento de los estándares convencionales, mostrando una perspectiva desde el proceso colombiano.

Advertidos y cumplidos los componentes democráticos de la justicia transicional desde su óptica sustancial y formal o político-estructural, el Estado logra construir, en el orden interno, políticas públicas y mecanismos que garantizan la protección y materialización de los derechos de las víctimas a la verdad, justicia y reparación, adecuándose siempre a la constitucionalización del derecho internacional a partir de los estándares convencionales.

En el contexto de las obligaciones estatales de investigar, juzgar y sancionar a los actores del conflicto armado, las cuales se constituyen en mandatos de imperativo y obligatorio cumplimiento para los Estados miembros, su materialización se ubica en un discurso democrático que permita la inclusión de la sociedad civil en la construcción de los mecanismos que propenden por garantizar los derechos de las víctimas. Esta situación se constituye en una estrategia de cumplimiento de los estándares convencionales que los Estados deben observar para la materialización de los derechos de las víctimas.

Es concluir que la población civil, víctima de violaciones de derechos humanos, espera del Estado su reconocimiento, mientras se adopten las medidas que propendan por el restablecimiento de los mismos y se garantice la no repetición. Ante esta exigencia, el grupo propone como estrategia un diseño institucional que potencialice los abundantes mecanismos de participación formales y se regularicen los informales, impulsando la implementación y materialización de los componentes democráticos de la justicia transicional, que se halla vinculada a los estándares convencionales, con una calificación positiva frente al control de convencionalidad, que le dé significación en términos de eficacia a este tipo de justicia.

1. LA JUSTICIA TRANSICIONAL Y SUS COMPONENTES DEMOCRÁTICOS

1.1. Orígenes, evolución y concepto de la justicia transicional democrática

Como precedentes históricos más relevantes de la justicia transicional democrática encontramos en Atenas la época del derrocamiento de la democracia, seguida de la caída de la oligarquía (411 al 403 a.C.). Así presenta el tema Jon Elster: “los atenienses asistieron al derrocamiento de la democracia a manos de una oligarquía, seguida de la derrota de los oligarcas y una restauración de la democracia”¹. También se debe destacar el episodio de la restauración de la monarquía en la Francia napoleónica (1814 y 1815)².

Desde estos referentes históricos se pueden observar los matices de la justicia transicional democrática, en tanto se llegó de una manera consensuada a la solución de un conflicto de gran impacto. Este tipo de justicia, para aquella época, era entendida desde una perspectiva estrictamente jurídica y aunque eran bilaterales los acuerdos a los que se llegaban, siempre imperaba la ideología o el punto de vista del poder dominante.

En las últimas décadas la dimensión desde la cual debe ser analizada o entendida la justicia transicional se ha visto obligada a mutar en su esencia, ante el flujo de antecedentes directos del modelo contemporáneo que se constituye en aspecto clave en el proceso de democratización de los Estados: “El nacimiento del nuevo modelo de justicia transicional, lo podemos hallar a mediados del siglo XX, con los procesos o juicios de Núremberg llevados a cabo una vez fenecida la segunda guerra mundial, creándose el Tribunal Militar Internacional de Núremberg con categoría ad-hoc”³.

El entendimiento de la justicia transicional ha ido virando hacia un conjunto de mecanismos que buscan el paso de un Estado bélico a uno de paz, propendiendo por la democratización de los sistemas políticos del país donde se aplique. Son ilustrativas las consideraciones que realiza Ruti Teitel, en la genealogía de la justicia transicional, respecto a la evolución histórica de esta justicia “cuando intenta demostrar que a través del paso del tiempo existía una relación más cercana entre el tipo de justicia que se persigue y las restricciones políticas relevantes de cada contexto; también visibiliza el vínculo de la genealogía con una tendencia intelectual más amplia hacia un creciente pragmatismo y politización del Derecho”⁴.

¹ELSTER, Jon. *Rendición de cuentas la justicia transicional en perspectiva histórica*. Traducido por Ezequiel Zaidenweg .1 ed. Buenos Aires: Katz editores, 2006, p.17.

²VALENCIA VILLA, Hernando. “Introducción a la justicia transicional”. En: *Revista claves de razón práctica*. [en línea]. Promotora general de revistas progresa: Madrid España. 2008. [consultado 15 mayo, 2016]. Disponible en: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2543938>>.

³AVELLO, María. *La justicia transicional vista desde Europa*. 1ed. Madrid España: Fride. 2007. Disponible en: http://fride.org/download/COM_Transitional_Justice_ESP_dic07.pdf.

⁴PORTILLA BENAVIDE, Ana Cristina. *la justicia transicional desde el uso emancipatorio del derecho y los derechos* [En línea] Tesis para optar al título de Máster oficial en Estudios Avanzados en Derechos Humanos. [Getafe-Madrid] septiembre de 2011 [consultado 30 de mayo 2016]. Disponible en: <http://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/19012/TFM_MEADH_Ana_Cristina_Portilla_2013.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.

Actualmente la justicia transicional implementada en esta década ha propendido por estructurar o consolidar la democracia, buscando la implementación de mecanismos de participación que legitimen el proceso y permitan la construcción de la paz. En tal sentido, se asume como un acercamiento de esta connotación “las llamadas transiciones carismáticas como la acaecida en Sudáfrica”⁵ donde se pretendía la consolidación de la democracia y la inclusión social sesgada por la normatividad que reglamentaba el apartheid. Así las cosas, si bien no se tiene en la actualidad un concepto acabado sobre lo que significa justicia transicional, pues los preceptos socio-culturales impiden una correcta y general definición, en aras de ofrecer un entendimiento más adecuado en lo que respecta a tal término, se traen a colación una serie de conceptos.

Rodrigo Uprimny plantea una definición de justicia transicional en los siguientes términos: “la expresión de 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 o un régimen democrático, bien por la finalización de un conflicto interno armado y la consecución de la paz”⁶. Sobre esta misma noción Hernando Valencia Villa planteó lo siguiente:

Bajo este neologismo tomado de la lengua inglesa se conoce hoy a todo el conjunto de teorías y prácticas derivadas de los procesos políticos por medio de los cuales las sociedades tratan de ajustar cuentas con un pasado de atrocidad e impunidad, y hacen justicia a las víctimas de dictaduras, guerras civiles y otras crisis de amplio espectro o larga duración, con el propósito de avanzar o retornar a la normalidad democrática⁷.

También Dorys Ardila planteó que “desde su finalidad, podemos decir que la justicia de transición abarca toda la variedad de procesos y mecanismos asociados con los intentos de una sociedad por resolver los problemas derivados de un pasado de abusos a gran escala, a fin de que los responsables rindan cuentas de sus actos, servir a la justicia y lograr la reconciliación”⁸. Hasta aquí hemos destacado algunas nociones de justicia transicional, sobre las cuales se puede construir un concepto aproximado; dichas definiciones se deben analizar desde diferentes esferas, como la legitimidad política, los componentes democráticos y desde la perspectiva de las jurisprudencias de la Corte IDH, lo cual permitiría crear un marco de referencia y con ello poder obtener la finalidad que buscan las naciones con la implementación dichos procesos.

1.2. Legitimidad política de la justicia transicional

La participación, componente de legitimación para la democratización de la justicia transicional, no es más que la intervención activa de los ciudadanos y el gobierno para crear redes de confianza en razón del apoyo público, como lo indica Charles Tilly:

⁵ CIURLIZZA CONTRERAS, Javier. Paz en Colombia: una mirada a la coyuntura desde la justicia transicional. En. *Revista de estudios universitarios – REU*. [en línea]. Brasil. 2011. [consultado 10 de mayo de 2015]. Disponible en: <http://periodicos.uniso.br/ojs/index.php?journal=reu&page=article&op=view&path%5B%5D=397&path%5B%5D=398>.

⁶ UPRIMNY, Rodrigo, SAFFON, María Paula, BOTERO, Catalina y RESTREPO, Esteban. *¿Justicia transicional sin transición? Verdad, justicia y reparación para Colombia*.” Introducción”. 1 ed. Bogotá D.C.: Dejusticia, 2006, p.13.

⁷ VALENCIA VILLA. Op. Cit., p.1.

⁸ ARDILA, Dorys. *Justicia transicional: principios básicos*. ¿qué es justicia transicional?. 1 ed. Madrid España. Escola de cultura de pau, 2011, p.1.

Muestra una serie de principios en los que se basan la democratización y tal vez uno de los más importantes los expone como el paso del abandono de la coerción como mecanismo de relacionamiento entre el gobierno y un grupo de ciudadanos (redes de confianza excluidas, a la construcción de confianza y redes de apoyo públicas). Además, para construcción esa red de confianza se debe caminar hacia: 1. La disolución de las redes de confianza segregadas; 2. La integración de las redes de confianza antes segregadas; 3. La creación de las nuevas redes de confianza políticamente conectadas⁹.

Si partimos de la premisa desde la cual el componente de participación genera legitimidad, en palabras de Dussel, tal postulado es una forma de materializar el principio democrático, refiriéndose este a un consenso preexistente en una comunidad de personas afectadas, para este caso de grupos históricamente marginados en países semiperiféricos que consagran en sus ordenamientos jurídicos un carácter aspiracionista. Igualmente, hay un consenso primordial, intersubjetivo, implícito y siempre ya dado, sin el cual ningún gobierno puede ejercer el poder comunitario que se funda en la racionalidad práctica discursiva como acuerdo acerca de lo que la tradición ha mostrado como mejor y que se acepta hasta tanto alguien pueda poner dicha hegemonía en cuestión.¹⁰

Esta cohesión o voluntad general se exterioriza a través de los procesos democráticos y del uso de instrumentos que permiten a la ciudadanía acceder, por ejemplo, a cortes constitucionales en procura de la legitimidad y la protección de los derechos fundamentales. Es importante tener presente unos criterios que determinan este principio formal, como el reconocimiento de la igualdad.

La aceptación o reconocimiento del Otro como igual y la aceptación o recepción del argumento del Otro van de la mano. La “igualdad” entonces se presupone como condición del consenso. La pulsión que sitúa al Otro al menos en el mismo nivel del argumentante, participante pragmático en la comunidad de comunicación política, superando diversos tipos de “menosprecios” que excluyen al Otro de hecho de la comunidad política, y que, por lo tanto, le niegan el carácter de “afectado”¹¹.

La legitimidad se establece en un nivel puramente discursivo y formal en aquellos países que buscan la implementación de estándares de justicia transicional que intentan construir una paz territorial, pero en los países periféricos se debe articular el tema de la legitimidad formal con el aspecto material. “El principio formal (de legitimidad política) y el principio material

⁹ TILLY, Charles, Citado por VALENCIA, León y AVILA Ariel. *Los retos del posconflicto justicia, seguridad y mercados ilegales*. Bogotá D.C.: Ediciones Bcolombia S.A. 2016, p.15.

Como quiera que el debate derecho/cambio social se plantea en términos menos instrumentales que en los países desarrollados, la autonomía del discurso jurídico respecto de otros discursos sociales e institucionales es precaria, por ende, el derecho tiene una menor autonomía relativa respecto del sistema político, razón por la cual podríamos decir que la política no representa los intereses sociales que se exigen por la comunidad. Entre los países semiperiféricos podemos ubicar a Colombia. UPRIMNY, Rodrigo. GARCIA VILLEGAS, Mauricio. “Emancipación y Corte Constitucional en Colombia”. En *Justicia Para Todos: Sistema judicial, Derechos Sociales y Democracia en Colombia*., Bogotá: Editorial Norma. 2006, p. 312.

¹⁰ DUSSEL AMBROSINI, Enrique. *El Principio Democrático*. “La razón político discursiva” Disponible en: <http://old.afyl.org/fp21.pdf>.

¹¹ APEL, Karl Otto. El Reconocimiento del Otro Como Condición Necesaria de la Argumentación. En: *Ideas y valores* [en línea]. Universidad nacional de mar de plata: Bogotá Colombia. 2009 [consultado 10 junio 2016]. Disponible en: <http://www.scielo.unal.edu.co/pdf/idval/v58n139/v58n139a03.pdf>.

de la política (del deber de la reproducción de la vida humana)”¹², proponen en últimas que a la humanidad hay que considerarla en cuanto que por su voluntad específica o consenso común (communi consensu) se reúne en un cuerpo político.

Lo anterior constituye un problema fundamental de eficacia que deja al descubierto la inoperancia de los poderes del Estado. El reto que se plantea desde la perspectiva del principio democrático, consiste en encontrar la manera de pasar, en el marco de la justicia transicional, de una constitución meramente declarativa a una verdadera norma constitucional que propugne por el ejercicio legítimo y eficaz de los derechos humanos como presupuesto en la construcción de la paz.

1.3. Componentes democráticos de la justicia transicional

La construcción de una estructura o combinación de muchas concepciones desde la inclusión genera un discurso democrático que permite la materialización de los estándares convencionales. El autor Rodrigo Uprimny al respecto agrega:

El segundo uso posible del discurso de la justicia transicional se caracteriza por su naturaleza democrática o emancipatoria. En efecto, en agudo contraste con el anterior, este uso de la justicia transicional tiene el propósito de luchar contra la impunidad. Dado que los mecanismos de la justicia transicional, y en especial los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación, son concebidos como herramientas para lograr ese propósito, el uso democrático de dicho discurso consiste precisamente en reclamar la aplicación efectiva de estos mecanismos. En ese sentido, el uso democrático del discurso de la justicia transicional se toma en serio su contenido; para ello le confiere una dimensión normativa o jurídicamente obligatoria, que puede funcionar como un límite a las fórmulas para enfrentar el pasado que resultan de las dinámicas políticas de las negociaciones de paz¹³.

Estos contenidos de justicia transicional plantean un uso emancipatorio que concibe los derechos a la verdad, justicia y reparación, como sus herramientas y fines. Tal concepto se expresa en la determinación de sus componentes democráticos que, en procesos de transición, advierte este grupo, se traducen en la democracia formal con miras a un diseño político-estructural del Estado erigido como mecanismo de inclusión de la sociedad civil, a lo cual se agrega una esfera democrática sustancial que garantice la materialización de los derechos de las víctimas.

Democracia formal: diseño político- estructural del Estado

En la perspectiva de la democracia formal se plantea una construcción de las políticas públicas, instituciones y en general de la estructura del Estado, comprometida con la inclusión social, es decir, con el reconocimiento, acceso y protección de los derechos de los involucrados en el conflicto armado, comenzando por las víctimas. Es común que el diseño

¹² DUSSEL AMBROSINI, Enrique. Op. Cit, p.15.

¹³ UPRIMNY, Rodrigo y SAFFON, María Paula. “Usos y abusos de la justicia transicional en Colombia”. En: *Revista universidad de chile anuario de derechos humanos* [en línea]. Universidad del Rosario: Bergsmo.2007 [consultado 15 mayo 20016]. Disponible en: <<http://www.revistas.uchile.cl/index.php/ADH/article/viewFile/13511/13777>>.

político- estructural de los Estados en justicia transicional parta de construcciones verticales, concentradas en las altas esferas gubernamentales y en los órganos máximos de representación, situación que genera un uso manipulador de la justicia transicional, “que desconoce las estrategias de transición forjadas en el ámbito internacional que pretenden la construcción de tal componente desde lo local o la descentralización”¹⁴. Ana Cristina Portillo esboza esta tendencia al referir que en Latinoamérica se desarrolla un diseño excluyente:

la concepción dominante de la justicia transicional que tiene que ver con la exclusión y discriminación que sufren importantes sectores de la sociedad, especialmente las víctimas, como consecuencia de la tendencia a estructurar las transiciones desde construcciones verticales del proceso, es decir, se adoptan medidas de arriba hacia abajo, las cuáles privilegian la participación de grupos de poder, como sectores económicos, políticos, jurídicos o militares, entre otros, en los que se concentra la toma de las decisiones alrededor de la transición. Esto puede entenderse bajo la lógica de que, en la justicia transicional, pueden traducirse luchas políticas, sociales, jurídicas, éticas y morales, que reproducen la exclusión social que padece la sociedad en conflicto¹⁵.

En Colombia, la Ley de Justicia y Paz acogió las tendencias propias de esta estructura vertical y excluyente que compromete la legitimidad del Estado debilitándola en desmedro de la institucionalidad, como lo deja ver la Fundación Ideas para la Paz, cuando en una de las entrevistas que realizó en una zona rural denominada el Caguán le refirieron que: “Los problemas en la vereda nunca los tratamos con el Defensor [del pueblo] o con el Estado, porque nunca dan solución efectiva, por eso siempre uno los busca a ellos (Farc), porque ellos si hacen cumplir las normas, y no se dejan mamar gallo; si incumplen multan o la gente debe irse. Son mecanismos más efectivos”¹⁶.

La Ley de Justicia y Paz dio lugar a un uso manipulador del discurso de justicia transicional pese a que esta legislación se mostró generosa en materia de verdad, justicia y reparación, debido a que no estaba asistida por “mecanismos institucionales adecuados para materializar tales derechos, se trataba de una ley que era ampliamente reconocida por su generosidad en la protección de los derechos de las víctimas, pero cuya aplicación llevaría inexorablemente a una carencia de protección de esos derechos”¹⁷. Estas estructuras excluyentes se replican en el ámbito internacional a través de leyes de amnistías e indultos, la lentitud de los procesos y la falta de cultura judicial, lo cual desconoce los marcados componentes democráticos de este tipo de justicia en la medida que incumple las obligaciones estatales en materia de derechos humanos y trasgrede los estándares convencionales. A este respecto cabe precisar que dicha anomalía se ve como un obstáculo bajo el siguiente entendido:

Permite evidenciar la existencia de múltiples obstáculos para la judicialización de las violaciones de derechos humanos, que incluyen, entre otros: las deficiencias del orden normativo, dentro de las que sobresalen las leyes de amnistía; la falta de voluntad política de

¹⁴ PAEZ, Manuel Yasser. “La justicia transicional desde abajo”. En: *revista Zero*. [en línea], editora general: Bogotá D.C. 2011 [consultado 30 mayo 2016]. Disponible en: <http://190.7.110.123/pdf/5_revistaZero/ZERO%2026/ManuelYasser.pdf>.

¹⁵ PORTILLO. Op. Cit., p. 20.

¹⁶ VALENCIA. Op. Cit., p. 15.

¹⁷ UPRIMNY. Op cit., p. 179.

los gobiernos y de los operadores de justicia; la lentitud de los procesos; la falta de estrategias de investigación especializada para las causas de derechos humanos; la cultura judicial –que con frecuencia privilegia las formas y ritos procesales sobre los objetivos de los procesos judiciales de encontrar la verdad y asignar responsabilidades individuales–; la persistencia de actores y sectores de poder interesados en mantener la impunidad y obstaculizar las investigaciones; la falta de protección de operadores judiciales, víctimas y testigos; las barreras económicas, geográficas y de defensa legal que enfrentan las víctimas¹⁸.

Desde este ángulo proponemos como estrategia para garantizar la legitimidad del proceso de transición la implementación de instrumentos que permitan materializar los mecanismos de participación ya existentes, con el ánimo de consolidar instituciones, políticas públicas, programas de gobierno y acuerdos generados a través de una verdadera inclusión social, que concrete la cimentación de una justicia transicional desde la descentralización como estrategia de edificación de la paz. Estos factores conducen a legitimar la transición al tiempo que potencializan los mecanismos internos de protección de los derechos fundamentales, nutriéndolos con instrumentos creados o implementados en el escenario del posconflicto como las comisiones de la verdad, las políticas agrarias, los departamentos para la integración social entre otros. Así se manifestaría la deliberación y el consenso de la sociedad civil, como expresiones de la democracia.

La democracia sustancial: Los derechos convencionales a la verdad, justicia, reparación y garantía de no repetición y su componente emancipatorio

En la democracia sustancial, las leyes del más débil¹⁹ junto con los derechos fundamentales adquieren un papel protagónico. Para desarrollar el componente democrático formal y despuntar así los alcances de la justicia transicional, se debe adoptar simultáneamente esta dimensión sustancial de la democracia en un contexto de transición, en la cual están inmersos el reconocimiento de los derechos que han surgido de las distintas situaciones belicosas internacionales y que se encuentran normalizados en las cartas políticas y en los tratados supranacionales de derechos humanos.

Los derechos fundamentales “se erigen como las necesidades sustanciales para la correcta convivencia civil”²⁰ y constituyen la columna vertebral de una estructura política democrática e, igualmente, delimitan el campo de acción de los poderes ejecutivo, judicial y legislativo. En este punto el derecho internacional ha plasmado sustancialmente las siguientes convenciones y principios:

Entre ellos destacan el Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad (Principios Joint/ Orentlicher), así como los Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones

¹⁸ URQUIAGA MEDELLÍN, Ximena. *Digesto de jurisprudencia latinoamericana sobre derechos de las víctimas*. “Derecho de las víctimas”. Washington D.C.: La Fundación para el Debido Proceso, 2014, p.11.

¹⁹FERRAJOLI, Luigi. *La justicia penal transicional para la Colombia del posconflicto y las garantías para la paz interna*. Bogotá. Fiscalía General de la Nación, 2015, p.18.

²⁰ *Ibid.*, p. 16.

graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones (Principios van Boven/Bassiouni). Desde su propia perspectiva, la lucha contra la impunidad y el derecho a las reparaciones, ambos instrumentos han aportado importantes criterios, los cuales deben ser incorporados en el orden nacional²¹.

Garantizar los mecanismos que protejan los derechos fundamentales, a través de la figura del bloque de constitucionalidad, permite materializar un discurso transicional desde el uso democrático que potencializa el componente emancipatorio del discurso de los derechos de las víctimas, el cual “es concebido como herramienta para lograr ese propósito, el uso democrático de dicho discurso consiste precisamente en reclamar la aplicación efectiva de estos mecanismos”²².

Si bien los diseños institucionales especiales creados en materia penal –y que vale decir tuvieron inicial acogida en la jurisprudencia de lo contencioso administrativo– para procurar verdad, justicia y reparación son una tendencia, no han garantizado con suficiencia los derechos convencionales de las víctimas, por lo que se infiere que tal eficacia depende de una marcada inclusión social que trascienda los mismos diseños, entendiendo que la clave parece estar más bien en la voluntad política y en la existencia de un contexto político propicio para derrotar la impunidad²³.

En Colombia el componente sustancial de la democracia está enmarcado en la Constitución Política de 1991, el cual acoge la tendencia internacional de construir democracias que otorguen una serie de prerrogativas que permitan la consolidación de un Estado social de derecho. Desde esta óptica la estrategia que deberá forjarse para que se cumpla de manera eficaz el entramado de garantías sustanciales como verdad, justicia, reparación y garantía de no repetición, junto con su componente emancipatorio, ha de partir del acceso, protección y potencialización de los mecanismos que materializan tales derechos, entendiendo que en este país se “afectan seria y gravemente el goce y ejercicio de los derechos fundamentales consagrados en la Convención Americana; que los efectos del conflicto armado continúan golpeando a los sectores más vulnerables de la población civil”²⁴.

En ese orden, la propuesta de este semillero de investigación gira en torno a estructurar el componente formal y sustancial desde la participación ciudadana acogiendo las palabras de María Clara Galvis:

En cuanto a los obstáculos organizacionales, los autores señalan, entre otros, las dificultades de los investigadores de acceso a zonas alejadas y la falta de infraestructura, recursos físicos, técnicos y humanos de las instituciones que legalmente deben atender a las víctimas, así como la carencia de atención psicosocial. La falta de coordinación entre los fiscales y la policía judicial, así como la limitación de la independencia judicial por la intervención de actores institucionales, por ejemplo, del Poder Ejecutivo, son algunos de los obstáculos político

²¹ URQUIAGA MEDELLÍN, Ximena. Op. Cit., p. 21

²² UPRIMNY. Op. Cit., p. 176.

²³ GALVIS, María Clara; informe comparativo. En: fundación para el debido proceso legal. Las víctimas y la justicia transicional ¿están cumpliendo los Estados latinoamericanos con los estándares internacionales? “los sistemas judiciales y el derecho de las víctimas a la justicia. Washington D.C. Fundación para el debido proceso, 2010, p.11.

²⁴ *Ibid.*, p.8

institucionales. En los procesos de justicia y paz, la lentitud y la escasa participación de las víctimas son obstáculos importantes. A lo anterior se suma una cultura jurídica y judicial resistente todavía a reconocer plenamente los derechos de las víctimas²⁵.

Para terminar este acápite, se destaca que el componente sustancial en la democracia colombiana cuenta con “un marco normativo sólido y relativamente avanzado, en el cual se han incorporado los estándares internacionales de derechos de las víctimas y lucha contra la impunidad –bien sea por vía legal o jurisprudencial”²⁶. Es por esto que el reto está en hacer efectiva la dimensión democrática sustancial, al tiempo que se fortalece la implementación del componente formal analizado en líneas anteriores, con el objetivo de fundamentar su ejercicio en el uso de mecanismos de participación idóneos que permitan el goce de las prerrogativas ya reconocidas. Así se sitúa un discurso democrático que permitirá al proceso de transición, de nuestro país, cumplir las exigencias convencionales en materia de derechos humanos.

²⁵ *Ibíd.*, p. 14

²⁶ *Ibíd.*

2. ESTÁNDARES CONVENCIONALES DE LA JUSTICIA TRANSICIONAL CON RESPECTO A LOS DERECHOS DE LAS VÍCTIMAS

2.1 Generalidades de los estándares convencionales de la justicia transicional

Siguiendo la definición de Andrés M. Valdivieso, se constituye como estándar internacional para los derechos humanos el deber del Estado de prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar el restablecimiento del derecho conculcado²⁷. Los estándares convencionales surgen como una medida garantista de los derechos humanos que se proyectan a partir de regímenes internacionales acogidos por los Estados; es decir, su origen se denota como un limitante impuesto por la legitimidad que reconoce cada Estado al carácter vinculante de los pronunciamientos de las altas Cortes de orden regional e internacional.

Como antecedentes de estos estándares se evidencian las pautas marcadas en la convención de Ginebra en torno a la protección de enfermos, heridos, náufragos, prisioneros de guerra y población civil, y en sus protocolos I y II de 1977 relativos al conflicto armado interno y al internacional, lo cual ha permitido la consolidación de un estándar mínimo para la protección de los derechos humanos en el marco del derecho internacional humanitario, criterios que también han sido acogidos en el ordenamiento jurídico colombiano.

Retomando los estándares convencionales en el contexto nacional, se identifican como tales, en primer lugar, los derechos de las víctimas del conflicto armado interno, los cuales gozan de rango constitucional²⁸ y se concretan en las prerrogativas de verdad, justicia, reparación y garantías de no repetición que informan todo el sistema de transición. En segundo término, están las obligaciones estatales en el escenario de las violaciones de los derechos humanos consagradas en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, referentes al cumplimiento de los deberes de prevención, investigación, juzgamiento y sanción de los crímenes de lesa humanidad. Por último, el estándar convencional también se expresa en la determinación formulada por la Corte IDH a través de sus pronunciamientos de fondo sobre el modo como se deben materializar los derechos de las víctimas y cumplirse las obligaciones estatales.

2.2 Obligaciones estatales en la materialización de los derechos de las víctimas

²⁷VALDIVIESO COLLAZOS, Andrés Mauricio. “La justicia transicional en Colombia los estándares internacionales de derechos humanos y derecho internacional humanitario en la política santos”. En: *revista universidad javeriana de Colombia*. 2012. Vol. 17. No. 2.

²⁸ REPUBLICA DE COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-370 del 18 de mayo del 2006, MM.PP. Dr. Manuel José Cepeda Espinosa, Dr. Jaime Córdoba Triviño, Dr. Rodrigo Escobar Gil, Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra, Dr. Álvaro Tafur Galvis, Dra. Clara Inés Vargas. Expediente D-6032 [en línea] Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/c-370-06.htm>. (consultado el 30 de mayo del 2016).
En adelante SIDH.

Los estándares convencionales en la justicia transicional referidos a la materialización de los derechos de las víctimas, establecen que las obligaciones de investigar, juzgar y sancionar se deben visualizar y cumplir bajo los siguientes parámetros:

La obligación de investigar se constituye en el imperativo de una correcta investigación estatal y se erige como uno de los deberes más importantes, toda vez que legitima cualquier proceso judicial, permitiendo el esclarecimiento de la verdad siendo la base para todo proceso de transición. La Corte IDH ha fijado las pautas para el cumplimiento de esta obligación en los siguientes términos: “El deber de investigar es una obligación de medios y no de resultado, que debe ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa, o como una mera gestión de intereses particulares, que dependa de la iniciativa procesal de las víctimas”²⁹.

La Corte Interamericana en varios pronunciamientos ha modificado la ejecución de la obligación de investigar, pasando de un marco de justicia rogada a uno de justicia participativa. Igualmente, la misma corporación se ha ocupado de conminar a los operadores judiciales para que apliquen los estándares convencionales en los siguientes términos:

Según hemos mencionado, los operadores judiciales i) pueden comprometer la responsabilidad internacional del Estado si no adelantan investigaciones y procesos judiciales que satisfagan plenamente los estándares internacionales; ii) los procesos internos pueden ser revisados integralmente por los tribunales internacionales; y iii) deben ejercer un control judicial de convencionalidad sobre las normas internas que aplican. En consecuencia, parece necesario -y tal vez indispensable- que los funcionarios judiciales conozcan y comprendan adecuadamente los estándares internacionales fijados por la Corte Interamericana en su labor de intérprete autorizada de la Convención Americana³⁰.

La obligación de juzgar es producto de la investigación previa y es el espacio donde se determina quién es el culpable de las violaciones a los derechos humanos atendiendo las pautas de la Corte IDH: “El Estado debe, en un plazo razonable, iniciar, impulsar, reabrir, dirigir, continuar y concluir, según corresponda, con la mayor diligencia las investigaciones y procesos pertinentes en un plazo razonable, con el fin de establecer toda la verdad de los hechos y determinar las responsabilidades penales que pudieran existir, y remover todos los obstáculos de facto y de jure que mantienen la impunidad total en este caso”³¹.

El deber de juzgamiento consolida la materialización de los derechos a la verdad y a la reparación como prerrogativas convencionales de las víctimas conforme a las previsiones de

²⁹CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. serie C no 252. (25 de octubre de 2012). Caso Masacres de el Mozote y Lugares aledaños Vs. El Salvador [en línea] 2012. Disponible en: http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_252_esp.pdf. (consultado el 14 marzo del 2016).

³⁰ GALVIS, María Clara, SALAZAR Katya. “La jurisprudencia internacional y el procesamiento de violaciones de derechos humanos por tribunales nacionales”, 2007, Disponible en: https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/obrasportales/op_20100407_01.pdf. (consultado el 05 de mayo del 2016).

³¹CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Serie C no 252. (25 de octubre de 2012). Caso Masacres de el Mozote y Lugares aledaños Vs. El Salvador [en línea] 2012. Disponible en: http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_252_esp.pdf. (consultado el 14 marzo del 2016).

los artículos 8 y 25 de la Convención³², precisándose que el derecho a la verdad, “al ser reconocido y ejercido en una situación concreta, constituye un medio importante de reparación y da lugar a una justa expectativa de las víctimas, que el Estado debe satisfacer”³³. Esta obligación, convencionalmente, ha disminuido la flexibilización propia de la justicia transicional negociada que se expresaba a través de las leyes de amnistías e indultos, lo cual se encuentra erradicado debido a que estas disposiciones de punto final sacrifican el derecho a la justicia de las víctimas.

La obligación de sancionar parte de la idea de la connotación reparadora de la sanción, a partir de la premisa de que quienes cometan crímenes atroces de manera masiva y sistemática deberán ser condenados a penas proporcionales a los delitos cometidos; en consecuencia, las víctimas deberán ser reparadas moral y materialmente; además, es un imperativo registrar una memoria histórica colectiva que genere una conciencia social de prevención.

Los crímenes contra los derechos humanos deben ser sancionados, lo cual plantea un reto para el proceso de justicia transicional en tanto implica que algunos de los insurgentes con quienes se adelanta la negociación deben someterse a castigos por los crímenes cometidos que pueden comprometer la privación de la libertad y la pérdida de los derechos políticos. Al respecto, se ha planteado que la proporcionalidad permite reservar los castigos de prisión a los máximos responsables ubicados en la cadena de mando militar del grupo armado al margen de la ley, para no quebrantar las aspiraciones políticas de los rebeldes que participan en el proceso de paz, acudiendo a mecanismos de investigación en contexto, priorización de casos, y al establecimiento de penas alternativas.³⁴

Estos instrumentos alternativos constituyen una estrategia válida para armonizar los intereses de las partes que negocian la paz con los derechos de las víctimas. Sobre este punto se refirió la Corte IDH, en virtud del control de convencionalidad, concluyendo que esta clase de sanciones no sustituyen las bases de la Carta Americana de Derechos Humanos, siempre y cuando se preserven las prerrogativas de verdad, justicia, reparación y no repetición. Sobre este aspecto la Corte Constitucional colombiana hace el siguiente análisis:

La Corte determinó que los mecanismos de suspensión condicional de ejecución de la pena, sanciones extrajudiciales, penas alternativas y las modalidades especiales de cumplimiento, no implican por sí solos una sustitución de los pilares esenciales de la Carta, siempre que se encuentren orientados a satisfacer los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia, la reparación y la no repetición³⁵.

³² CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Serie C no. 154. (26, septiembre, 2006). Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. [en línea] Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf. (consultado el 14 de marzo del 2016)

³³ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Serie C no 162. (29, noviembre, 2006). Caso La Cantuta Vs. Perú. [en línea] Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_162_esp.pdf. (consultado el 14 de marzo del 2016)

³⁴UPRIMNY, Rodrigo, SÁNCHEZ, Luz María y SÁNCHEZ, Nelson Camilo. *Justicia para la Paz*. Bogotá. Dejusticia, 2014, pp. 30-31.

³⁵REPUBLICA DE COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-579 del 28 de agosto de 2013. M.P Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. [en línea] Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/C-579-13.htm>. (consultado el 14 de marzo del 2016)

2.3. Derechos convencionales de las víctimas en la justicia transicional

Los estándares convencionales plantean unos derechos marco que generan la obligación estatal de garantizar su protección, tales prerrogativas no son otras que verdad, justicia, reparación y garantías de no repetición. Lo anterior no implica que no existan distintos ámbitos de protección, entendiéndose por estos las restricciones jurídicas al ejercicio de un derecho en determinados contextos, los cuales dependen de los elementos democráticos que marcan los diseños institucionales o procesales de cada jurisdicción, y de las propias características de los hechos violatorios o delictivos.

El derecho a la verdad es la base para el ejercicio de las garantías reconocidas a las víctimas, en tanto determina su calidad y la responsabilidad de los victimarios. Este derecho, en su dimensión social, permite a la sociedad en transición conocer las atrocidades de la guerra o de la dictadura, lo que permite el compromiso del llamado “nunca más”.

El contenido básico de este derecho ha sido establecido en los llamados Principios de Joinet sobre impunidad y reparaciones, los cuales inicialmente fueron parte del *softlaw* pero a partir de múltiples pronunciamientos de los diversos órganos del SIDH pasaron a conformar derecho fuerte al integrarse, por vía interpretativa, a la Convención Americana de Derechos Humanos, concretamente en sus artículos 1, 8 y 25, desde los cuales explica:

Estas disposiciones contienen las obligaciones estatales de respeto y garantía plena de los derechos consagrados en la Convención (artículo 1º), de protección del derecho al debido proceso (artículo 8) y de garantía de un recurso judicial efectivo (artículo 25). En esa medida, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que tales obligaciones incluyen el esclarecimiento de las violaciones de los derechos humanos garantizados por la Convención, el castigo a los responsables de las mismas y el establecimiento de medidas que garanticen la no repetición de tales actos. Por esa vía, entonces, la Corte Interamericana ha reconocido la incorporación del derecho a la verdad en la Convención Americana y ha utilizado con frecuencia la concreción y síntesis que del mismo hacen los principios de Joinet para determinar su alcance. De manera similar, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos utiliza habitualmente los principios de Joinet como marco conceptual para referirse al contenido del derecho a la verdad (capítulo 2; Fundación Social, 2005)³⁶.

El derecho a la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, según el informe de la Comisión, implica que los Estados se comprometan a adoptar las medidas necesarias para facilitar el acceso de las víctimas a recursos adecuados y efectivos, tanto para denunciar la comisión de los crímenes, como para procurar la reparación del daño sufrido y prevenir su repetición³⁷. La reparación se materializa a través de medidas individuales de restitución, indemnización, rehabilitación y medidas de satisfacción de alcance colectivo³⁸. Las garantías de no repetición, presentan imperativos a los Estados que se concretan en las siguientes exigencias:

También conocidas como normas internacionales de derecho blando.

³⁶UPRIMNY, Rodrigo, SAFFON, María Paula, BOTERO, Catalina y RESTREPO, Esteban. Op.cit., p. 144.

³⁷ GALVIS, María Clara. *Digesto de jurisprudencia latinoamericana sobre derechos de las víctimas*. Cit., p.29

³⁸ *Ibid.*, p. 30

la disolución de grupos armados paraestatales; la derogación de normas que favorecen la comisión de violaciones a los derechos humanos o el derecho internacional humanitario; el control efectivo de las Fuerzas Armadas y de seguridad por la autoridad civil; el empleo de tribunales militares exclusivamente para delitos de función; el fortalecimiento de la independencia del poder judicial; la protección de la labor desarrollada por operadores de justicia, defensores de derechos humanos y periodistas; la capacitación ciudadana y de agentes del Estado en materia de derechos humanos y del cumplimiento de los códigos de conducta y las normas éticas; y la creación y perfeccionamiento de mecanismos de intervención preventiva y resolución de conflictos³⁹

Estos derechos vistos desde el uso de los componentes democráticos de la justicia transicional son mecanismos que pretenden, además del reconocimiento de estas prerrogativas en el ordenamiento interno, el establecimiento de diseños institucionales que permitan su cumplimiento, aunado a lo anterior tal intención se traduce en la materialización de las obligaciones estatales de investigar, juzgar y sancionar, que en recientes pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha considerado:

la misma CIDH señaló como contrarias a la Convención Americana de Derechos Humanos, las leyes que dejaban a las víctimas sin la posibilidad de saber la verdad y obtener justicia, a pesar de que el Estado estaba dispuesto a reconocerles una reparación económica. Dijo entonces la Corte Interamericana: “. 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 graves de los derechos humanos. Este tipo de leyes impide la identificación de los individuos responsables de violaciones a derechos humanos, ya que se obstaculiza la investigación y el acceso a la justicia e impide a las víctimas y a sus familiares conocer la verdad y recibir la reparación correspondiente⁴⁰.

Las obligaciones estatales, buscando la materialización de los derechos convencionales de las víctimas, consagran otras prerrogativas relacionadas con la implementación de un recurso judicial efectivo. La Asamblea General de las Naciones Unidas en la Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso de Poder, consideró el derecho a una pronta reparación del daño que hayan sufrido las víctimas, permitiendo “que las opiniones y preocupaciones de las víctimas sean presentadas y examinadas en etapas apropiadas de las actuaciones, siempre que estén en juego sus intereses, sin perjuicio del acusado y de acuerdo con el sistema nacional de justicia penal correspondiente”⁴¹.

El uso de los componentes democráticos de la justicia transicional pretende lograr la inclusión y la efectiva protección de los derechos convencionales de las víctimas, mediante

³⁹ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Informe sobre el proceso de desmovilización en Colombia*, 2004, disponible en: <<http://www.cidh.org/countryrep/colombia04sp/informe2.htm>>. (consultado el 22 de marzo del 2016)

⁴⁰CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Serie C no 75. (14 de marzo de 2001). caso Barrios Altos Vs. Perú. [en línea] Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_75_esp.pdf>.

⁴¹ ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. Resolución 4034. (29, noviembre, 1985). Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder, 1985.

la generación de una estrategia de cumplimiento de las obligaciones estatales de investigar, juzgar y sancionar las conductas victimizantes. Esta situación desde el ámbito internacional y con el trasegar del tiempo amplía su cobertura, forjando los estándares convencionales que apuntan al diseño de mecanismos para acceder a la justicia, la construcción de la verdad y la reparación.

2.3. Participación de las víctimas en procesos de justicia transicional

El estudio de la participación de las víctimas en la justicia transicional se ha planteado a partir de debates teóricos en torno a ciertas limitantes que presenta el ejercicio participativo, debido a la implementación de estructuras verticales que se muestran excluyentes. En estos diseños político-institucionales se concretan fragilidades como: a) la extrema dispersión institucional; b) la distancia existente entre los escenarios de participación en lo local y aquellos de decisión en los niveles centrales; c) la violencia contra los líderes y representantes de víctimas y sus organizaciones y d) la frágil cultura política alrededor del tema de la participación⁴².

Existen amplios mecanismos que materializan el componente de participación ciudadana formalmente reconocidos en los diseños institucionales Latinoamericanos. El tema lo presenta Carlos Alberto Garzón Flórez, desde las políticas públicas, en los siguientes términos:

Las teorías contemporáneas sobre construcción de políticas públicas consideran como factor clave de legitimación basar su formulación, aprobación y ejecución en procesos ampliamente participativos y la vinculación de todos los actores para lograr el consenso y acuerdos generales. Numerosos estudios del derecho constitucional coinciden en afirmar que la carta política de Colombia es una de las más garantistas de América Latina y contempla numerosos instrumentos de participación ciudadana, que van desde las veedurías y la revocatoria del mandato, como mecanismo de control social, hasta las instancias de la planeación participativa, en las cuales las organizaciones de la sociedad civil tienen la posibilidad de presentar propuestas que puedan ser incluidas en los planes de desarrollo⁴³.

Mecanismos de participación en Colombia en procesos de justicia transicional

El Estado colombiano cuenta con mecanismos de solución de conflictos, tanto a nivel formal como a nivel informal. Precisando el primer nivel, encontramos los instrumentos citados en la ley 134 de 1994 que hace mención a los mecanismos de participación ciudadana y la resolución 0388 del 10 de mayo 2013 expedida por la Unidad para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas, por la cual se adopta el Protocolo de Participación Efectiva de las Víctimas del Conflicto Armado. También los Jueces de Paz fueron creados como un mecanismo de política judicial, con las funciones de resolver conflictos de manera más

⁴²VARGAS REINA, Jenniffer. "Análisis comparativo de los diseños institucionales que regulan la participación de las víctimas en Colombia: antes y después de la Ley 1448 de 2012". En: *Revista ESJ Estudios Socio-Jurídicos* [en línea.]. Universidad del Rosario. Bogotá 2014 [consultado el 11, junio, 2016]. Disponible en: <<http://revistas.urosario.edu.co/index.php/sociojuridicos/article/view/esj16.1.2014.04/2380>>.

⁴³GARZON FLOREZ, Carlos Alberto. "Planeación participativa como estrategia de construcción colectiva del territorio. En: MORENO OSPINA, Carlos, TRUJILLO MUÑOZ, Augusto, VELÁSQUEZ C, Fabio E, Et al. *Descentralización en clave de paz*. Bogotá. Fundación KAS, 2014, p. 83.

humana, social y pacífica⁴⁴. El Ministerio de Justicia y del Derecho, a través del Decreto 2896 de 2011, creó el Viceministerio de Promoción de la Justicia e instituyó la Dirección de Métodos Alternativos de Solución de Conflictos (DMASC)⁴⁵. Igualmente ostentan creación legal los Centros de Conciliación, Arbitraje, Conciliadores en Derecho y en Equidad y los Inspectores de Policía, dispuestos para la resolución de conflictos que atenten contra la seguridad, la salubridad, la tranquilidad, la moralidad y la convivencia en el orden público interno⁴⁶. Asimismo, se crearon Casas de Justicia las cuales brindan apoyo en la conflictiva social que vincula a espacios geográficos de mayor vulnerabilidad, las cuales, en zonas donde hace presencia las FARC, han visto comprometidos sus contenidos de eficacia.

Es conveniente precisar que estos mecanismos, no obstante su constitución legal, han mostrado un desarrollo insuficiente en la práctica social, concretamente en lo que constituye la garantía efectiva de acceso a la justicia y la legitimidad de las instituciones del Estado. Desde este referente debe mencionarse que en las zonas marcadas por las directrices de las FARC, en las cuales no hace presencia el Estado, se han creado otros mecanismos informales de solución de conflictos que rotulamos en líneas anteriores y que enunciamos a continuación conforme a su grado de significación social.

Estos mecanismos informales presentan trámites de arreglo y conciliación bajo una estructura ilegítima. En las zonas rurales encontramos que los conflictos se solucionan por medio de las siguientes “instituciones”: Consejo de Autoridad, Junta de Acción Comunal (JAC), Núcleo de Juntas y el Comité de Conciliación; creados a partir del año 2013 por las FARC, a través de un manual de convivencia que éstas distribuyen⁴⁷, aunque su estructura funcione desde décadas anteriores. El funcionamiento de esta “justicia” paralela se impone por las FARC en sus áreas de dominio y así la describe un ciudadano de San Vicente del Caguán:

Quando hay un lío se cita a la JAC, y un comité de conciliación. Ellos saben que es mejor arreglar por las buenas, porque si no hay que remitirlo al Comandante de Zona. Se escuchan los descargos y se busca llegar a un acuerdo, y si no tiene con qué pagar, a usted le recogen los animales y paga con animales, el tesorero de la JAC es quien hace la valoración en conjunto con el dueño de los animales. Normalmente cada comunidad se reúne todos los lunes, y cuando hay una emergencia hay reuniones extras, y las hacen en las escuelas interfiriendo o afectando la jornada escolar, y a veces los helicópteros sobrevuelan porque ve el gentío reunido. La deliberación y presentación de cargos y descargos es aparte de la sala de reuniones, y ahí mismo

⁴⁴ DÍAZ CÓRDOBA, Diana Marcela. *Aplicabilidad del artículo 29 de la ley 497 de 1999 por parte de los jueces paz en el municipio de Palmira (Valle)*, citado por: LOPEZ ROJAS, Gloria Patricia. *Los jueces de paz en Colombia como jurisdicción especial y mecanismo alternativo de solución de conflictos. Una crítica desde las políticas neoliberales a partir de un estudio de caso*. Tesis para optar al título de magister en estudios políticos de la Universidad Pontificia Bolivariana. Medellín. 2015, p. 22.

⁴⁵ VALENCIA, León y AVILA, Ariel. *Los retos del posconflicto. Justicia, seguridad y mercados ilegales*. Bogotá. Ediciones BCOLOMBIA S.A. 2016, p.85.

⁴⁶ PRETEL DE LA VEGA, Sabas. “Los asuntos jurídicos y judiciales del Estado marchan bien”. En: *Revista departamentos y municipios seguros* [en línea]. E editores: balance de gestión con autonomía jurídica Bogotá, 2006 [consultado 18, mayo, 2016]. Disponible en: http://oasportal.policia.gov.co/portal/page/portal/PROGRAMAS_DEPARTAMENTOS_MUNICIPIOS_SEGUROS/dms_cerca/revista/Revista2.pdf.

⁴⁷ VALENCIA, León y AVILA, Ariel. Op. Cit., p. 25.

deciden. Se hace un acta y queda por escrito como archivo de la JAC todos los comités manejaban archivos (conciliación, trabajo, delegados)⁴⁸.

Con relación a los procedimientos observados por estas “instituciones”, a manera de ilustración se transcribe entrevista realizada a un ciudadano del Departamento del Huila:

En primera instancia se presenta la queja ante el presidente de la JAC, el caso se expone en una reunión junto al comité conciliador, quien determina si puede resolverlo o se le sale de las manos. Si lo toma, el comité que es la segunda instancia, escucha las versiones de los implicados y la de sus testigos si hay lugar a ello, y si en esta instancia se llega a un acuerdo hasta ahí llega el problema. Pero si el comité decide no tomar el caso, simplemente pasa a la tercera instancia – comandante del frente que opere en la zona – aquí ellos también escuchan la problemática y según los acuerdos tomados en el comité conciliador exigen el cumplimiento de ellos, y todos pagan su deuda tanto en el tiempo y forma estipulado por el comandante⁴⁹.

En este contexto, se observa que en la mayoría de las poblaciones rurales la presencia de los grupos armados representa un aparente ámbito de solución de conflictos y de seguridad ciudadana que los mismos campesinos empiezan a reconocer y seguidamente a respetar. Significa que mientras se mantenga esta constante y el Estado no efectivice los medios apropiados de participación ciudadana en escenarios judiciales o comunitarios, las FARC y demás grupos armados seguirán imponiendo su esquema de justicia paralela.

En el contexto de la participación político-democrática de las víctimas en el proceso de transición colombiano, el mismo no traduce posibilidades fuertes y serias que permitan la materialización de los estándares dentro de la sociedad internacional, pues su dinamismo no ha recogido los senderos de la justicia transicional democrática, basada en la implementación de un lenguaje de reconocimiento de derechos, obligaciones de protección y acceso a los mismos, que reclama una fuerza participativa del ciudadano en el fortalecimiento de una verdadera Cultura de paz. Según Vicenç Fisas este aserto alcanza la siguiente significación:

Pero este aparente proceso de civilización es también al precio de legitimar estructuras profundamente violentas y comportamientos individualistas, narcisistas e insolidarios, poco sensibles al dolor ajeno y a las necesidades de los demás. Quizá el fortalecimiento de la sociedad civil, de un tejido social responsable, pueda cambiar esta situación, y lleve razón el Director General de la UNESCO cuando afirma que pasar de la guerra a la paz significa la transición de una sociedad dominada por el Estado, único garante de la seguridad en un mundo peligroso, a una sociedad civil, en la cual las personas trabajan, crean y desarrollan la urdimbre de su existencia en comunidades liberadas de los temores inherentes a una cultura bélica⁵⁰.

⁴⁸ AVILA, Ariel. Entrevista realizada el día 9 de octubre de 2014, en San Vicente del Caguán, Caquetá. En: Revista semana [en línea]. Bogotá. 2016 [consultado el 23 junio 2016]. Disponible en: <http://www.semana.com/opinion/articulo/ariel-avila-asi-administran-justicia-las-farc-en-sus-territorios/470309#_ftnref6>.

⁴⁹ AVILA, Ariel. Entrevista realizada el día 03 de octubre de 2014, en Colombia Huila. En: Revista semana [en línea]. Bogotá, 2016 [consultado el 24 junio 2016] Disponible en: <http://www.semana.com/opinion/articulo/ariel-avila-asi-administran-justicia-las-farc-en-sus-territorios/470309#_ftnref6>

⁵⁰ FISAS, Vinçec. *Cultura de paz y gestión de conflictos*. Barcelona España: Icaria editorial, 1998, p.1.

El paso de la guerra a la paz deviene ineficaz en razón a los marcados componentes de exclusión, a lo que se une la deficiente “cultura de paz” que se evidencia en los funcionarios, las víctimas y la sociedad civil, quienes ostentan un persistente desconocimiento sobre la normatividad que obliga y reglamenta la promoción de la participación de las víctimas. Esta descripción la presenta Jennifer Vargas Reina desde la ley de víctimas, explicando:

Muchas de las administraciones municipales desconocen sus obligaciones de apoyar económicamente los aspectos necesarios para la participación; los personeros se han quejado porque necesitan herramientas para direccionar metodológicamente el trabajo en las mesas. Por ejemplo, esta ley trata conceptos muy nuevos en Colombia, como es el tratamiento desde el enfoque diferencial a las víctimas y estamos hablando de que en los gobiernos locales no había gente que supiese o estuviese capacitada sobre lo que es e implica el enfoque diferencial de atención a víctimas, este desconocimiento persiste por la mentalidad de los funcionarios del Estado y la sociedad civil, de que la participación no es un tema prioritario en la política pública de reparación de las víctimas.⁵¹

Se reitera que la cultura de paz se consolida al garantizar la activa participación de la sociedad civil, la cual debe impulsar su discurso hacia el cumplimiento de los estándares convencionales que se consolidan a través de la materialización de los derechos humanos los cuales constituyen uno de los pilares fundamentales del discurso de la cultura de paz, y su respeto y cumplimiento se constituyen, de forma generalizada, en la máxima garantía de los valores mínimos que la humanidad decida compartir bajo una confianza civil fuerte⁵². Los derechos humanos se traducen en normas de comportamiento e instrumentos jurídicos de protección para las personas y los pueblos⁵³.

En el escenario del **reconocimiento e identidad de las víctimas** se perfila el espacio para materializar los derechos a la verdad, la justicia, la reparación y la garantía de no repetición, situación que es propia del componente democrático sustancial y los fines de la justicia transicional que se pretende estructurar. Sobre este tema Vargas Reina precisa:

La participación de las víctimas en el diseño, ejecución y la política pública es fundamental, por varias razones: 1. Porque a través de la participación, los ciudadanos tienen la expectativa de ser reconocidos como interlocutores válidos, capaces de incidir en la definición de su destino colectivo y en la forma en que el Estado responde a esta compleja y masiva violación de derechos de más de seis millones de colombianos víctimas en el marco del conflicto armado. 2. Porque para el Estado y la sociedad es imperativo conocer y establecer la magnitud, las dinámicas, los impactos y las respuestas a esa masiva violencia teniendo como base la voz de las víctimas. 3. Porque la construcción de una paz estable y duradera implica la garantía de los derechos a la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, y estos solo pueden llevarse a cabo con su participación real y efectiva.⁵⁴

La efectiva materialización de la participación de las víctimas permite la consolidación, eficacia y confianza en los distintos procesos, en la consolidación de las políticas públicas, y

⁵¹ VARGAS REINA, Jennifer. Op. Cit., p.36.

⁵² FISAS, Vinceç. Op. Cit., p.21.

⁵³ *Ibíd.*, p.21.

⁵⁴ VARGAS REINA, Jennifer. Op. Cit., p.4.

en el ejercicio de las actividades que generan los mecanismos de intervención democrática, desde los cuales se consolida un legítimo proceso de transición con vocación política.

3. COMPONENTES DEMOCRÁTICOS DE LA JUSTICIA TRANSICIONAL COMO GARANTÍA DE CUMPLIMIENTO DE LOS ESTÁNDARES CONVENCIONALES

3.1. Relación bidireccional entre los componentes democráticos y los estándares convencionales

Definidos los orígenes y el concepto de estándares convencionales, así como los componentes democráticos de la justicia transicional, resulta oportuno relacionar estas temáticas al considerar que entre ellas existe un imperativo de complementariedad que permite la reducción de las tensiones que puede generar la transición de la guerra a la paz, y, finalmente, el fortalecimiento del Estado de Derecho.

Para iniciar esta relación entre el componente democrático y los estándares convencionales, conviene encausar el asunto bajo un criterio “*bidireccional*”, el cual refiere la complementariedad de estos institutos dirigidos a la realización material de la paz, según lo expone Pablo de Greiff al describir la simultaneidad que proyectan el estándar de juzgar los crímenes de lesa humanidad y el mecanismo democrático de la reparación:

Una relación similar, y similarmente bi-direccional ata a la justicia penal con las reparaciones: especialmente después de un período inicial de entusiasmo por parte de las víctimas al ver a sus antiguos violadores bajo castigo, si no hay ningún otro cambio en sus vidas, esas mismas víctimas podrían ver la justicia penal como una forma de revanchismo un poco inconsecuente. Pero, por otro lado, la compensación, sin ningún esfuerzo de justicia penal, podría también ser vista como un simple pago sin asunción ni atribución de responsabilidad alguna.”⁵⁵

Los estándares convencionales constituyen el primer elemento de la relación bidireccional enunciada, entendiéndose como tales los imperativos determinados por la Corte IDH para que pueda colegirse que los Estados parte, sometidos a su competencia contenciosa, están cumpliendo con las obligaciones emanadas de los diversos instrumentos que han suscrito. El segundo factor inmerso en la bidireccionalidad es el correspondiente a los componentes democráticos, que propenden por la efectiva materialización de los derechos de la población para garantizar lo que Ferrajoli denomina el “nunca más”.

Sobre la importancia de la justicia social en los procesos transicionales, se concluyó en la relatoría del Grupo D: Los retos del desarrollo incluyente: tareas pendientes en la implementación de los Derechos Económicos Sociales y Culturales, condensada en el documento *El legado de la verdad*, lo siguiente: “El momento de transición por el que actualmente pasa Colombia debería preocuparse por sentar las bases para la justicia social y la equidad, así como por reivindicar los derechos de las poblaciones tradicionalmente pobres y excluidas, pues sin ello el ideal de la paz será ilusorio”⁵⁶.

El desarrollo del aspecto democrático de la justicia transicional confluye con la aplicación de los estándares convencionales, los cuales crean y materializan las obligaciones estatales

⁵⁵ DE GREIFF, Pablo; “La contribución de la justicia transicional a la construcción y consolidación de la democracia”. En: DE GREIFF, pablo, CORREA SUTIL, Jorge y MATTAROLLO, Rodolfo et al. *El legado de la verdad: Impacto de la justicia transicional en la construcción de la democracia en América Latina*. Centro internacional para la justicia transicional, 2007, p.25.

⁵⁶ *Ibid.*, p. 221.

que propenden por la protección de los derechos de las víctimas, los cuales se inscriben en la ruta de los mecanismos de la democracia sustancial. Debe afirmarse que si bien los componentes democráticos mencionados son estrategias para el cumplimiento de los estándares convencionales y las obligaciones estatales, es a través del control de convencionalidad que alcanza verificada efectividad el proceso de transición.

Un abordaje armónico de las categorías mencionadas, componentes democráticos y estándares convencionales, también se justifica por cuanto los primeros se erigen como derechos de los ciudadanos e intervinientes en el proceso de paz, mientras que los segundos representan imperativos de eficacia de los trámites o procedimientos de la administración de justicia, por lo que ambos presentan una correlación de derechos y obligaciones. Es por esto que se puede afirmar que la garantía de los componentes democráticos en la justicia transicional, es decir, la implementación de políticas públicas, instituciones, mecanismos y acuerdos, entre otros, impactan positivamente la consolidación de la materialización de los derechos de las víctimas de conformidad con los estándares convencionales fijados en el SIDH.

3.2. Control de convencionalidad como imperativo de eficacia de la justicia transicional colombiana

Aunque los componentes democráticos mencionados en anteriores apartados contribuyen al cumplimiento de los estándares convencionales y de las obligaciones estatales para con las víctimas, no se puede desconocer que la verificación de la eficacia de la justicia transicional implica que las autoridades en general implementen en sus decisiones el mecanismo del control de convencionalidad⁵⁷; en particular, los jueces deben recordar que están obligados al control de legalidad y de constitucionalidad, pero también a la integración “en el sistema de sus decisiones corrientes, las normas contenidas en la Convención Americana”⁵⁸.

Diferentes factores han perturbado el cumplimiento de las obligaciones en materia de derechos humanos en Colombia, lo que también puede afectar el éxito del proceso de justicia transicional. Para hacer frente a estas tensiones que surgen entre verdad y justicia, y entre las presiones políticas, económicas y de otra índole que conducen a la fragilidad de la democracia, se ha acudido a dos mecanismos de garantía constitucional como lo son la internacionalización del derecho constitucional y la constitucionalización del Derecho Internacional.⁵⁹

Precisamente la constitucionalización del Derecho Internacional se ha aplicado en Colombia bajo la figura del bloque de constitucionalidad, que reconoce rango superior de carácter vinculante a los tratados internacionales de derechos humanos en el orden interno. De allí se desprende un primer referente para el ejercicio del control de convencionalidad, bien por

⁵⁷ GALVIS PATIÑO, María Clara. Control de convencionalidad en Colombia. Conferencia presentada en el Salón Los Gobernadores del Tribunal Superior de Buga. 15 de abril de 2016.

⁵⁸ QUINCHE, RAMIREZ, Manuel Fernando. “El control de convencionalidad y el sistema colombiano”. En: *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*. [en línea]. Fundación Dialnet. Julio-diciembre, 2009. [consultado el 25, marzo, 2016]. Disponible en: <http://corteidh.or.cr/tablas/r25586.pdf>.

⁵⁹ *Ibid.*, p. 167

parte de los jueces o a cargo del SIDH, en el entendido que las obligaciones adquiridas en materia de derechos humanos deben respetarse y cumplirse a cabalidad.

El sistema jurídico interno debe estar en consonancia con los criterios definidos en los tratados y pronunciamientos judiciales internacionales sobre derechos humanos, situación que en justicia transicional se materializa al adoptar políticas incluyentes que desde el conglomerado social creen las políticas públicas, las instituciones y los instrumentos que permitan la materialización de las obligaciones estatales que protegen los derechos convencionales de las víctimas. Estas últimas acciones, a su vez, deben ser objeto de verificación a través del control de convencionalidad concentrado. Al Estado corresponde la tarea de controlar que las dinámicas de la negociación no sacrifiquen las obligaciones estatales, porque son estas las que materializan los derechos convencionales de las víctimas.

La eficacia de la justicia transicional generada a partir de la verificación en sede del control de convencionalidad debe tender al cumplimiento satisfactorio de las normas que reconocen, protegen y materializan los derechos de las víctimas del conflicto armado, entendiendo que: “el problema de la eficacia radica en el hecho de que se cumpla o no la norma jurídica entonces en materia de justicia transicional podemos decir que si se cumple la norma que la regula entonces es una norma eficaz”⁶⁰.

Este grupo de investigación considera que someter la normatividad y las decisiones adoptadas en la justicia transicional a un control de convencionalidad otorga eficacia al proceso, al paso que garantiza que las normas, instituciones y decisiones tomadas dentro de una transición cumplan con los estándares convencionales y las obligaciones estatales, con la perspectiva de garantizar el goce efectivo de los derechos convencionales de las víctimas y una verdadera construcción de políticas públicas desde y hacia el conglomerado social, situación que materializa el uso democrático de este tipo de justicia.

3.3. Participación de las víctimas en la construcción de paz territorial en Colombia

Consideramos que la relación de cumplimiento que se genera al materializar los componentes democráticos y los estándares convencionales en procesos de transición, estructura la finalidad propuesta por el Estado colombiano en la salida del conflicto armado que pretende consolidar. Bajo esta óptica este proceso plantea como fin la llamada paz territorial, definida en palabras de Sergio Guarín como:

“la paz territorial ha sido presentada como la clave del postconflicto. Sin embargo, para concretarla, hay que asegurar el pleno ejercicio de la participación ciudadana (...) El gobierno y las FARC han coincidido en que el eje del proceso de La Habana es construir la “paz territorial”. Cada territorio debe ser tratado de acuerdo con sus peculiaridades y sus

⁶⁰ CARO BENITEZ, Melisa José y RUEDA ASSIA, Yirugenia. Yirugenia. *Eficacia de la justicia transicional como método de protección de los derechos humanos en Colombia* [en línea]. Tesis para optar al título de abogado de la Universidad de Cartagena. 2013. [consultado el 19, mayo, 2016]. disponible en: <http://190.242.62.234:8080/jspui/bitstream/11227/934/1/EFICACIA%20DE%20LA%20JUSTICIA%20TRANSICIONAL%20COMO%20M%C3%89TODO%20DE%20PROTECCI%C3%93N%20DE%20LOS%20DERECHOS%20HUMANOS%20EN%20COLOMBIA.pdf>

necesidades. Tanto en el diseño como en la ejecución y seguimiento de las políticas públicas debe primar el enfoque territorial sobre el enfoque sectorial”⁶¹. (Negrillas en el original)

La paz territorial demanda políticas públicas que se inspiren en la descentralización como mecanismo de distribución de bienestar hacia las regiones⁶², con la pretensión de generar el reconocimiento de los actores históricamente excluidos; situación que adquiere gran relevancia en tanto permite cumplir con el estándar convencional que insiste en que las obligaciones de investigar, juzgar y sancionar deben materializarse a través del reconocimiento de las víctimas, la construcción de la verdad y la reparación efectiva.

Para analizar la paz territorial como punto de conexión en la aplicación de los componentes democráticos en el proceso de transición es necesario estudiar los antecedentes históricos de la implementación de la justicia transicional, junto con las siete estrategias efectuadas en Colombia para consolidar la paz territorial, para finalmente establecer una propuesta de diseño de participación que desarrolle el componente de inclusión orientado a la satisfacción de las finalidades propias de una justicia transicional democrática.

Antecedentes históricos de implementación de la justicia transicional en Colombia.

Colombia enfrenta desde hace más de medio siglo un conflicto interno caracterizado por la intervención de diferentes actores e intereses que han generado innumerables violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario en contra de la población civil. Situación que indefectiblemente consolida un importante número de víctimas que esperan su reconocimiento por parte del Estado y la adopción concertada de mecanismos que permitan el restablecimiento de sus derechos y la garantía de no repetición de las conductas que los han victimizado.

El antecedente histórico más relevante de la justicia transicional, en vigencia del Estatuto de Roma y el control de convencionalidad, lo constituye la comisión de exploración de paz en el año 2002 que culminó con la implementación de la Ley de Justicia y Paz, cuya pretensión era utilizar mecanismos de justicia transicional para culminar el conflicto interno entre el Estado y los paramilitares. Desde el análisis normativo de este proceso, se pudo determinar la confrontación de diferentes discursos con ocasión de los marcados intereses de cada actor del conflicto, precisiones que pueden ser visualizadas en los siguientes apartes, donde se reflejan los usos diversos de la justicia transicional:

Al punto que puede decirse que se usa dependiendo de los intereses de las partes, en este caso, por un lado, el Gobierno nacional en sintonía con los grupos paramilitares y una mayoría de parlamentarios y, por otra parte, en contraposición a éstos el Movice junto con las organizaciones de derechos humanos. Estos intereses son claramente contradictorios. Mientras el Gobierno nacional pretende la imposición de un significado determinado como aquél que es dominante o hegemónico fruto de una distribución desigual de poder entre los actores, el Movice y las organizaciones de derechos humanos pretenden darle un uso democrático y

⁶¹ GUARÍN, Sergio. “Dilema de la paz territorial y de la participación ciudadana”. En Revista *Razón Pública*, 25 de enero del 2016. Bogotá. Disponible en: <<http://www.ideaspaz.org/publications/posts/1275>> [consultado el 19, mayo, 2016].

⁶² *Ibid.*

emancipatorio, por medio del cual el mecanismo de transición sirva para combatir la impunidad de los crímenes que padecieron, así como la dignificación de las víctimas⁶³.

Desde este precedente se puede afirmar que existen dos discursos que presentan finalidades contrapuestas en torno a la garantía o no del cumplimiento de los estándares convencionales de la justicia transicional. Estas diferencias se deben a la notoria tensión entre paz y justicia que confronta las dinámicas políticas (negociación) con el derecho (estándares convencionales en materia de víctimas). Los grandes actores de poder, esto es, el gobierno, la industria, la fuerza pública, y los grupos armados ilegales, han usado una retórica dirigida a conseguir la paz con marcado simbolismo político, mientras que los movimientos sociales y de derechos humanos han exigido el cumplimiento de las obligaciones estatales en punto de sus prerrogativas como víctimas, lo cual coincide con la exigencia de componentes democráticos que han estado ausentes de la justicia transicional, situación que se entra a estudiar a partir de las estrategias implementadas para la construcción de la paz en las negociaciones que se adelantan entre Colombia y las FARC.

Las siete estrategias implementadas en Colombia para consolidar la paz territorial

Actualmente desde La Habana-Cuba se está finalizando un nuevo acuerdo de paz, que plantea siete puntos a tratar: el acuerdo general para la terminación del conflicto, participación política, drogas ilícitas, implementación, verificación y refrendación, desarrollo agrario integral, fin del conflicto y víctimas, siendo estas últimas el referente para la materialización de los componentes democráticos de la justicia transicional en Colombia.

El componente democrático sustancial enunciado en acápites anteriores, plantea el reconocimiento y el goce efectivo de los derechos convencionales de las víctimas a la verdad, justicia, reparación y garantía de no repetición, situación que se afianza con el componente formal de los diseños institucionales, gubernamentales y de políticas públicas orientados a la materialización de dichos derechos. En este punto el acuerdo de paz enuncia un diseño bajo los parámetros de medidas de reparación integral para la construcción de paz, comisión para el esclarecimiento de la verdad, la convivencia y la no reparación, unidad para la búsqueda de personas dadas por desaparecidas, jurisdicción especial para la paz, y garantía de no repetición. Estos mecanismos presentan deficiencias al no respaldarse con un diseño institucional eficaz en tanto sigue obedeciendo a una construcción vertical, sin una efectiva participación de las víctimas.

Desde esta perspectiva se sostiene que la exigencia del goce efectivo de los derechos convencionales de las víctimas, defendidos por los movimientos sociales de derechos humanos y víctimas del conflicto, generaría una implementación participativa para que los actores puedan intervenir activamente en la construcción de toda política pública o medida que se diseñe para lograr la construcción de paz. Así se materializa un discurso transicional desde el uso de componentes democráticos que forja el carácter emancipatorio de los derechos convencionales, en la medida que garantiza el cumplimiento de los estándares que

⁶³PORTILLA, Ana Cristina. Op. Cit., p. 100.

establecen los parámetros de investigar, juzgar y sancionar en clave de los derechos de las víctimas.

Lo anteriormente tratado va de la mano con la activa participación de las víctimas en la construcción y potencialización de los diseños institucionales creados o los ya instituidos, de un modo que podría encausar las dinámicas políticas de la transición (tensión entre paz y justicia en transiciones negociada) en orden a orientar los intereses contrapuestos en la finalidad de alcanzar una construcción de paz incluyente que, acudiendo a la justicia transicional democrática, logre superar los estándares convencionales de los derechos de las víctimas.

Propuesta de diseño de participación

Los constitucionalistas han reconocido que la carta política colombiana es una de las más garantistas de América Latina, dado el gran abanico de mecanismos de participación ciudadana que presenta. No obstante, una mirada histórica al funcionamiento político-jurídico del país permite colegir que dichos mecanismos en la praxis no operan como se esperaría, bien sea por desconocimiento o por la poca confianza civil en ellos. Desde esta perspectiva este grupo de investigación propone un diseño institucional que potencialice los instrumentos de participación existentes en nuestro país, entendiendo que estos consolidan una justicia transicional incluyente y democrática.

Se propone adoptar un diseño institucional que fortalezca los mecanismos de participación formales y a su vez regular los catalogados como informales. Los instrumentos formales se encuentran contemplados en la Constitución Política de 1991, y se desarrollan en las siguientes normativas: Ley 134 de 1994, Ley Estatutaria 1757 de 2015 y el protocolo de participación de las víctimas adoptado en la Resolución 0388 de 2013.

El plebiscito y el referendo consagrados en tales reglas se tornan ineficaces porque se han planteado en el marco de un diseño institucional que pretende instaurar el voto popular para alcanzar su materialización, aun sabiendo que existe un alto índice de “dispersión institucional, de distancia existente entre los escenarios de participación en lo local y aquellos de decisión en los niveles centrales, la violencia contra los líderes y representantes de víctimas y sus organizaciones, la frágil cultura política alrededor del tema de la participación.”⁶⁴ Se suma a lo precedente un alto grado de abstencionismo y un insuficiente reconocimiento de los ciudadanos víctimas del conflicto armado, que también perturba la eficacia de las mesas de participación de víctimas.

Se recomienda que el diseño institucional en perspectiva democrática reconozca a las víctimas dentro del territorio nacional a través de censos actualizados, establezca foros educativos sobre los métodos de participación y los contenidos de las políticas públicas, disponga jueces de paz y casas de justicia en zonas alejadas y en general una mayor presencia del Estado en las zonas donde carece de legitimidad por su prolongada ausencia. Con medidas

⁶⁴VARGAS REINA, Jenniffer. Op. Cit., p.36.

como estas se potencializaría la eficacia de instrumentos como el plebiscito, el referendo y las mesas de participación, entre otros, al lograr reconocer y educar a la sociedad civil y a las víctimas del conflicto, con lo cual se forja también un lenguaje en clave de paz. Igualmente, se fortalece la legitimidad y confianza en el gobierno y sus instituciones, al tiempo que se materializa el goce de los derechos de los ciudadanos en la tarea de construir la paz desde los territorios.

Dicha potencialización de los mecanismos formales deberá aplicarse con más intensidad en las zonas del Cauca, Caquetá, Putumayo, Nariño, Guaviare, áreas fronterizas con Venezuela, entre otras, territorios donde no se puede desconocer ni negar la marcada presencia de grupos al margen de la ley, lo que se puede explicar por la ausencia comprobada del Estado en algunas ocasiones, lo estratégico de ciertas zonas para el desarrollo de puntuales actividades ilícitas, el innegable apoyo o coincidencia ideológica de diversos sectores endógenos y exógenos, etc. A partir de esta fragilidad institucional se propone por este grupo de investigación regularizar los algunos mecanismos informales de participación adoptados en dichas zonas, fomentando el fortalecimiento de lo local en el marco de la descentralización que fomenta la Carta Política de 1991.

Las estructuras de participación informales que los grupos al margen de la ley han implementado en las poblaciones excluidas están dirigidas a la resolución de conflictos, con respaldo en una organización vertical y por instancias que establecen en su base los comités de conciliación, y en segunda instancia las juntas de acción comunal que resuelven los conflictos de poca monta entre vecinos; el último y más relevante se conoce como el consejo de autoridad el cual está encargado de resolver los conflictos entre las víctimas y victimarios, disponiéndose al efecto medidas de investigación, juzgamiento y sanción.

Se propone que se regularicen tales mecanismos cuya traza de ilegalidad sólo ha estado marcada por las estructuras criminales que los administran. De este modo, podrían apropiarse institucionalmente a través de la integración de personal de la rama judicial con formación en la solución de conflictos en equidad, excombatientes y víctimas del conflicto. Los comités de conciliación podrían estar a cargo de un conciliador en equidad y un secretario, cuyo nombramiento garantice la participación y la representación de los habitantes de dichos territorios. La junta de acción comunal, a su vez, podría conformarse por un número impar de tres en adelante, representándose los grupos poblacionales de víctimas y victimarios, junto con el personal de la rama judicial.

En cada departamento habría lugar a conformar un núcleo de juntas, integrado por un representante de cada junta de acción comunal existente en los municipios, elegidos por los miembros de la JAC. Por último, el consejo de autoridad tendría naturaleza tripartita, integrándose por profesionales del Derecho y garantizando la representación institucional a cargo de la rama judicial, así como la de los excombatientes y las víctimas del conflicto armado.

Con un diseño como el señalado se conectan los componentes que impregnan la justicia transicional y el modelo de la misma que pretende adoptar Colombia, con los diversos

mecanismos de participación, formales e informales, que garantizan la presencia de los componentes democráticos a través de la participación de las víctimas, con el objetivo de desarrollar una transición a la paz, construida desde los territorios y comprometida con la satisfacción efectiva de los estándares convencionales de derechos humanos.

CONCLUSIONES

1. Como resultado de la investigación este semillero advierte que los componentes democráticos de la justicia transicional son una estrategia eficaz que propende por el cumplimiento de los estándares convencionales de los derechos de las víctimas, entendiéndose que es deber del Estado dentro de un proceso de transición instaurar los mecanismos necesarios de participación para garantizar a las víctimas los derechos a verdad, justicia, reparación y garantías de no repetición, en orden a consolidar una paz territorial que genere confianza en los ciudadanos, desde los escenarios democráticos que le imprimen legitimidad al proceso.
2. Se ha evidenciado por parte de este grupo de investigación la necesidad de conjugar dos elementos claves para la construcción de paz territorial: el primero es la participación ciudadana como mecanismo legitimante de la transformación de un estado de guerra a uno de paz sostenible y duradera, cuyo logro demanda el apoyo y la participación de los involucrados en el conflicto y en especial de las víctimas. El segundo es la satisfacción de las obligaciones estatales que dimanan de las normas internas, regionales e internacionales de derechos humanos que conforman el entramado sobre el cual se ejerce el control de convencionalidad, como mecanismo que permite la verificación eficaz del cumplimiento de los compromisos estatales con las comunidades históricamente excluidas.
3. Aunque el gobierno cuenta con el mandato constitucional suficiente para lograr la paz, el estándar de convencionalidad exige para la legitimación de toda justicia transicional la participación democrática de la sociedad civil, principalmente de los sectores afectados con el conflicto que se acuerda finiquitar negociadamente, lo cual no se suple con la refrendación pasiva del acuerdo a través de un referendo o voto, sino de la intervención directa de toda la comunidad en la construcción y mantenimiento de la paz.
4. El diseño institucional que este grupo propone tiende a fortalecer los mecanismos de participación formales y a regularizar los informales. Se considera que el plebiscito y el referendo se tornan ineficaces por haberse planteado en el marco de un diseño institucional que pretende instaurar el voto popular para alcanzar su materialización, aun sabiendo que existe un alto índice de dispersión institucional, de distancia existente entre los escenarios de participación en lo local y aquellos de decisión en los niveles centrales, la violencia contra los líderes y representantes de víctimas y sus organizaciones, la frágil cultura política alrededor del tema de la participación, como lo han sostenido los investigadores del tema.

5. La recomendación de este grupo se sustenta en una perspectiva democrática que: i) reconozca a las víctimas a través de censos actualizados; ii) establezca foros educativos sobre los métodos de participación y los contenidos de las políticas públicas; iii) disponga jueces de paz y casas de justicia en zonas alejadas; y, en general, una mayor presencia del Estado, con todo lo que ello implica y no solamente con representación militar sino absolutamente institucional (salud, educación, apoyo económico, etc.) en las zonas donde carece de legitimidad por su prolongada ausencia. Con medidas como estas se potencializaría la eficacia de instrumentos como el plebiscito, el referendo y las mesas de participación, entre otros, al lograr reconocer y educar a la sociedad civil y a las víctimas del conflicto, con lo cual se forja también un lenguaje en clave de paz.

6. Con el propósito de regular los instrumentos que surgieron de la informalidad criminal, este grupo propone una estructura en la que se considere que los comités de conciliación podrían estar a cargo de un conciliador en equidad y un secretario, cuyo nombramiento garantice la participación y la representación de los habitantes de dichos territorios, especialmente de excombatientes y víctimas. La junta de acción comunal a su vez podría conformarse por un número impar de tres miembros en adelante, representándose los grupos poblacionales de víctimas y victimarios, junto con el personal de la rama judicial. En cada departamento habría lugar a conformar un núcleo de juntas, integrado por un representante de cada junta de acción comunal existente en los municipios, elegidos por los miembros de la JAC. Por último, el consejo de autoridad tendría naturaleza tripartita, integrándose por profesionales del Derecho y garantizando la representación institucional a cargo de la rama judicial, así como la de los excombatientes y las víctimas del conflicto armado.

BIBLIOGRAFÍA

ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. Resolución 4034. (29, noviembre, 1985). Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder, 1985.

APEL, Karl Otto. El Reconocimiento del Otro Como Condición Necesaria de la Argumentación. En: *Ideas y valores* [en línea]. Universidad nacional de mar de plata: Bogotá Colombia. 2009 [consultado 10 junio 2016]. Disponible en: <<http://www.scielo.unal.edu.co/pdf/idval/v58n139/v58n139a03.pdf>>.

ARDILA, Dorys. *Justicia transicional: principios básicos. ¿qué es justicia transicional?*. 1 ed. Madrid España. Escola de cultura de pau, 2011.

AVELLO, María. *La justicia transicional vista desde Europa*. 1ed. Madrid España: Fride. 2007. Disponible en: [http://fride.org/download/COM Transitional Justice ESP dic07.pdf](http://fride.org/download/COM_Transitional_Justice_ESP_dic07.pdf).

AVILA, Ariel. Entrevista realizada el día 9 de octubre de 2014, en San Vicente del Caguán, Caquetá. En: Revista semana [en línea]. Bogotá. 2016 [consultado el 23 junio 2016]. Disponible en: <http://www.semana.com/opinion/articulo/ariel-avila-asi-administran-justicia-las-farc-en-sus-territorios/470309#_ftnref6>.

AVILA, Ariel. Entrevista realizada el día 03 de octubre de 2014, en Colombia Huila. En: Revista semana [en línea]. Bogotá, 2016 [consultado el 24 junio 2016] Disponible en: <http://www.semana.com/opinion/articulo/ariel-avila-asi-administran-justicia-las-farc-en-sus-territorios/470309#_ftnref6>

CARO BENITEZ, Melisa José y RUEDA ASSIA, Yirugenia. Yirugenia. *Eficacia de la justicia transicional como método de protección de los derechos humanos en Colombia* [en línea]. Tesis para optar al título de abogado de la Universidad de Cartagena. 2013. [consultado el 19, mayo, 2016]. disponible en:

<<http://190.242.62.234:8080/jspui/bitstream/11227/934/1/EFICACIA%20DE%20LA%20JUSTICIA%20TRANSICIONAL%20COMO%20M%C3%89TODO%20DE%20PROTECCI%C3%93N%20DE%20LOS%20DERECHOS%20HUMANOS%20EN%20COLOMBIA.pdf>>.

CIURLIZZA CONTRERAS, Javier. Paz en Colombia: una mirada a la coyuntura desde la justicia transicional. En. *Revista de estudios universitarios – REU*. [en línea]. Brasil. 2011. [consultado 10 de mayo de 2015]. Disponible en: <http://periodicos.uniso.br/ojs/index.php?journal=reu&page=article&op=view&path%5B%5D=397&path%5B%5D=398>.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Informe sobre el proceso de desmovilización en Colombia*, 2004, disponible en: <<http://www.cidh.org/countryrep/colombia04sp/informe2.htm>>. (consultado el 22 de marzo del 2016)

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Serie C no 75. (14 de marzo de 2001). caso Barrios Altos Vs. Perú. [en línea] Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_75_esp.pdf>.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Serie C no. 154. (26, septiembre, 2006). Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. [en línea] Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf. (consultado el 14 de marzo del 2016)

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Serie C no 162. (29, noviembre, 2006). Caso La Cantuta Vs. Perú. [en línea] Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_162_esp.pdf. (consultado el 14 de marzo del 2016)

UPRIMNY, Rodrigo, SÁNCHEZ, Luz María y SÁNCHEZ, Nelson Camilo. *Justicia para la Paz*. Bogotá. Dejusticia, 2014.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Serie C no 252. (25 de octubre de 2012). Caso Masacres de el Mozote y Lugares aledaños Vs. El Salvador [en línea] 2012. Disponible en: http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_252_esp.pdf. (consultado el 14 marzo del 2016).

DE GREIFF, Pablo; “La contribución de la justicia transicional a la construcción y consolidación de la democracia”. En: DE GREIFF, pablo, CORREA SUTIL, Jorge y MATTAROLLO, Rodolfo et al. *El legado de la verdad: Impacto de la justicia transicional en la construcción de la democracia en América Latina*. Centro internacional para la justicia transicional, 2007.

DUSSEL AMBROSINI, Enrique. *El Principio Democrático*. “La razón político discursiva” Disponible en: <http://old.afyl.org/fp21.pdf>.

DÍAZ CÓRDOBA, Diana Marcela. *Aplicabilidad del artículo 29 de la ley 497 de 1999 por parte de los jueces paz en el municipio de Palmira (Valle)*, citado por: LOPEZ ROJAS, Gloria Patricia. *Los jueces de paz en Colombia como jurisdicción especial y mecanismo alternativo de solución de conflictos. Una crítica desde las políticas neoliberales a partir de un estudio de caso*. Tesis para optar al título de magister en estudios políticos de la Universidad Pontificia Bolivariana. Medellín. 2015.

ELSTER, Jon. *Rendición de cuentas la justicia transicional en perspectiva histórica*. Traducido por Ezequiel zaidenweg .1 ed. Buenos Aires: Katz editores, 2006.

FERRAJOLI, Luigi. *La justicia penal transicional para la Colombia del posconflicto y las garantías para la paz interna*. Bogotá. Fiscalía General de la Nación, 2015.

FISAS, Vinceç. *Cultura de paz y gestión de conflictos*. Barcelona España: Icaria editorial, 1998, p.1.

GALVIS, María Clara, SALAZAR Katya. “La jurisprudencia internacional y el procesamiento de violaciones de derechos humanos por tribunales nacionales”, 2007, Disponible en: https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/obrasportales/op_20100407_01.pdf . (consultado el 05 de mayo del 2016).

GALVIS, María Clara; informe comparativo. En: fundación para el debido proceso legal. *Las víctimas y la justicia transicional ¿están cumpliendo los Estados latinoamericanos con los estándares internacionales? “los sistemas judiciales y el derecho de las víctimas a la justicia*. Washington D.C. Fundación para el debido proceso, 2010.

GALVIS, María Clara. *Digesto de jurisprudencia latinoamericana sobre derechos de las víctimas*. “Derecho de las víctimas”. Washington D.C.: La Fundación para el Debido Proceso, 2014.

GALVIS, María Clara. Control de convencionalidad en Colombia. Conferencia presentada en el Salón Los Gobernadores del Tribunal Superior de Buga. 15 de abril de 2016.

GARZON FLOREZ, Carlos Alberto. "Planeación participativa como estrategia de construcción colectiva del territorio. En: MORENO OSPINA, Carlos, TRUJILLO MUÑOZ, Augusto, VELÁSQUEZ C, Fabio E, Et al. *Descentralización en clave de paz*. Bogotá. Fundación KAS, 2014.

GUARÍN, Sergio. "Dilema de la paz territorial y de la participación ciudadana". En Revista *Razón Pública*, 25 de enero del 2016. Bogotá. Disponible en: <<http://www.ideaspaz.org/publications/posts/1275>>. [consultado el 19, mayo, 2016].

PAEZ, Manuel Yasser. "La justicia transicional desde abajo". En: *revista Zero*. [en línea]. editora general: Bogotá D.C. 2011 [consultado 30 mayo 2016]. Disponible en: <http://190.7.110.123/pdf/5_revistaZero/ZERO%2026/ManuelYasser.pdf>.

PORTILLA BENAVIDE, Ana Cristina. *la justicia transicional desde el uso emancipatorio del derecho y los derechos* [En línea] Tesis para optar al título de Máster oficial en Estudios Avanzados en Derechos Humanos. [Getafe-Madrid] septiembre de 2011 [consultado 30 de mayo 2016]. Disponible en: <http://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/19012/TFM_MEADH_Ana_Cristina_Portilla_2013.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.

PRETELT DE LA VEGA, Sabas. "Los asuntos jurídicos y judiciales del Estado marchan bien". En: *Revista departamentos y municipios seguros* [en línea]. E editores: balance de gestión con autonomía jurídica Bogotá, 2006 [consultado 18, mayo, 2016]. Disponible en: http://oasportal.policia.gov.co/portal/page/portal/PROGRAMAS_DEPARTAMENTOS_MUNICIPIOS_SEGUROS/dms_cerca/revista/Revista2.pdf.

QUINCHE, RAMIREZ, Manuel Fernando. "El control de convencionalidad y el sistema colombiano". En: *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*. [en línea.]. Fundación Dialnet. Julio-diciembre, 2009. [consultado el 25, marzo, 2016]. Disponible en: <http://corteidh.or.cr/tablas/r25586.pdf>.

REPUBLICA DE COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-370 del 18 de mayo del 2006, MM.PP. Dr. Manuel José Cepeda Espinosa, Dr. Jaime Córdoba Triviño, Dr. Rodrigo Escobar Gil, Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra, Dr. Álvaro Tafur Galvis, Dra. Clara Inés Vargas. Expediente D-6032 [en línea] Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/c-370-06.htm>. (consultado el 30 de mayo del 2016).

REPUBLICA DE COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-579 del 28 de agosto de 2013. M.P Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. [en línea] Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/C-579-13.htm>. (consultado el 14 de marzo del 2016)

TILLY, Charles, Citado por VALENCIA, León y AVILA Ariel. *Los retos del posconflicto justicia, seguridad y mercados ilegales*. Bogotá D.C.: Ediciones Bancolombia S.A. 2016.

UPRIMNY, Rodrigo. GARCIA VILLEGAS, Mauricio. "Emancipación y Corte Constitucional en Colombia". En *Justicia Para Todos: Sistema judicial, Derechos Sociales y Democracia en Colombia.*, Bogotá: Editorial Norma. 2006.

UPRIMNY, Rodrigo, SAFFON, María Paula, BOTERO, Catalina y RESTREPO, Esteban. *¿justicia transicional sin transición? Verdad, justicia y reparación para Colombia.* Introducción". 1 ed. Bogotá D.C.: Dejusticia, 2006.

UPRIMNY, Rodrigo y SAFFON, María Paula. "Usos y abusos de la justicia transicional en Colombia". En: *Revista universidad de chile anuario de derechos humanos* [en línea]. Universidad del Rosario: Bergsmo.2007 [consultado 15 mayo 20016]. Disponible en: <<http://www.revistas.uchile.cl/index.php/ADH/article/viewFile/13511/13777>>.

URQUIAGA MEDELLÍN, Ximena. *Digesto de jurisprudencia latinoamericana sobre derechos de las víctimas*. "Derecho de las víctimas". Washington D.C.: La Fundación para el Debido Proceso, 2014.

VALDIVIESO COLLAZOS, Andrés Mauricio. "La justicia transicional en Colombia los estándares internacionales de derechos humanos y derecho internacional humanitario en la política santos". En: *revista universidad javeriana de Colombia*. 2012. Vol. 17. No. 2.

VALENCIA, León y AVILA, Ariel. *Los retos del posconflicto. Justicia, seguridad y mercados ilegales*. Bogotá. Ediciones BCOLOMBIA S.A. 2016.

VALENCIA VILLA, Hernando. “Introducción a la justicia transicional”. En: *Revista claves de razón práctica*. [en línea]. Promotora general de revistas progresa: Madrid España. 2008. [consultado 15 mayo,. 2016]. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2543938>.

VARGAS REINA, Jenniffer. “Análisis comparativo de los diseños institucionales que regulan la participación de las víctimas en Colombia: antes y después de la Ley 1448 de 2012”. En: *Revista ESJ Estudios Socio-Jurídicos* [en línea]. Universidad del Rosario. Bogotá 2014 [consultado el 11, junio, 2016]. Disponible en: <http://revistas.urosario.edu.co/index.php/sociojuridicos/article/view/esj16.1.2014.04/2380>



**COMPLEJIDADES Y DILEMAS DE LA JUSTICIA TRANSICIONAL, DE CARA AL
ESTATUTO DE ROMA Y AL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS
HUMANOS***

*Jorge Luis Mosquera Mosquera¹,
Leiner Ecce Homo Palacios Aguilar²,
Samuel Asprilla Valencia³*

Resumen

La presente labor científico-académica tiene como objeto brindar herramientas jurídicas sustanciales y procesales, que permitan enfrentar las masivas violaciones de Derechos Humanos en el marco de la Justicia de Transición, en búsqueda del bien

* Artículo inédito. Recibido 05 de diciembre de 2016 – Aprobado el 30 de noviembre 2017.

Para citar el artículo: MOSQUERA MOSQUERA, Jorge Luis; Palacios Aguilar, Leiner Ecce Homo; ASPRILLA VALENCIA, Samuel. Complejidades y dilemas de la justicia transicional, de cara al estatuto de roma y al Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Revista de Derecho Procesal Contemporáneo – ICDP. No. 4, Enero – Junio de 2016. Bogotá: Instituto Colombiano de Derecho Procesal. pp. 182-208.

Partes del presente artículo de reflexión, son extraídas de la ponencia escrita presentada por el semillero, titulada “La Justicia Transicional En Colombia Desde Los Estándares Internacionales De Protección De Derechos Humanos, Una Luz En Las Tinieblas” para la participación en el concurso del año 2016.

¹ Estudiante de décimo semestre de Derecho, identificado con Cedula de Ciudadanía N°1.077.468.147 de Quibdó, Becario del programa de inglés Martin Luther King de USAID, miembro del Semillero de Investigación De Derecho Procesal, y de Derechos Humanos De La Universidad Tecnológica Del Chocó “Diego Luis Córdoba”, ponente en el XVII Concurso Internacional para Estudiantes de Derecho Nivel Pregrado de la presente anualidad, actualmente pasante del Consejo Noruego para Refugiados y Desplazados, dirección electrónica: jeorge-1995pm@hotmail.com

² Identificado con C.C 1.076.385.494 de Tadò estudiante de décimo semestre de Derecho, Becario Martin Luther King, miembro del Semillero de Investigación de Derecho Procesal de la Universidad Tecnológica del Chocó “Diego Luis Córdoba”, de nacionalidad colombiana, dirección electrónica: ecce-homo95@hotmail.com

³ Identificado con C.C 1.003.928.453 de Quibdó, estudiante de décimo semestre de Derecho, miembro del Semillero de Investigación De Derecho Procesal, y de Derechos Humanos De La Universidad Tecnológica Del Chocó “Diego Luis Córdoba”, de nacionalidad colombiana, dirección electrónica: samysinduda@hotmail.com.

jurídico de la Paz como estado básico de protección y garantía para los demás bienes tutelables del ser humano, mediante el método lógico deductivo de estudio y análisis documental de fuentes principales y secundarias, concretamente Normas Jurídicas, Doctrina, Jurisprudencia Nacional y Extranjera, así como antecedentes y/o experiencias del orden Colombiano interno y del Derecho Comparado sobre los temas en cuestión. Obteniendo como resultados reflexiones sobre las herramientas jurídicas disponibles, en el Derecho Internacional Humanitario, y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos para lograr la materialización del ideal de la Paz Estable y Duradera.

Palabras claves: Justicia transicional, Derecho internacional, Derecho penal, Justicia y Paz, Delito político.

Abstract

The present scientific-academic work aims to provide juridical, substantial and procedural tools allowing to face the massive violations of human rights in the context of transitional justice, in search of the legal right of peace as basic State of protection and guarantee for other protected property of the human being, through the deductive logical method of study and documentary analysis of primary and secondary sources specifically legal standards, doctrine, jurisprudence and international jurisprudence, as well as background or experiences of internal Colombian order and the law relative to the issues in question. Obtaining as results, reflections about the legal tools available, in international, humanitarian law, and the Inter-American human rights system, to achieve the realization of the ideal of stable and lasting peace.

Key Words: Transitional Justice, Political crimes, *Criminal law, Peace and justice, International law.*

INTRODUCCIÓN

Ezequiel Malarino (2012) refiere, Guiados ideológicamente por la doctrina de la seguridad nacional, varios Estados de América Latina dieron inicio a una lucha contra la subversión que degeneró en cruentas y sistemáticas violaciones de los derechos

humanos como detenciones arbitrarias, torturas, asesinatos extrajudiciales, desapariciones forzadas de personas, entre otras conductas que fueron o son el pan de día de este tipo de confrontaciones armadas, signo evidente de una política frontal contra el opositor político. Luego de la terminación del conflicto o finalización de la guerra, o a veces en medio de la situación del conflicto, los Estados han puesto en práctica diversos mecanismos o políticas para superar, elaborar o hacer frente a los complejos escenarios de violaciones sistemáticas de derechos humanos que han vivido, estamos pues, ante la figura emblemática de la justicia transicional.

Estudios recientes sobre este tipo de justicia en América Latina confirman más allá de toda coincidencia, que cada experiencia de transición es diferente de las demás; así como el enfrentamiento o tensión entre imperativos jurídicos internacionales que exigen castigo a los responsables de crímenes atroces por una parte, y la necesidad de lograr acuerdos exitosos para superar el conflicto. En razón a esto, esta investigación busca ofrecer las herramientas jurídicas disponibles tanto por el derecho interno como el internacional, para que los Estados, de conformidad con las características propias puedan alcanzar la Paz. Para ello la presente desarrollara en primera medida, concepto y análisis de la justicia transicional, antecedentes y Dilemas de la justicia transicional, pilares fundamentales de la justicia transicional, justicia restaurativa y justicia transicional, rol del derecho penal como herramienta de superación del pasado, Sistema Interamericano y DIH como límites a la justicia de transición, control de convencionalidad y por último se abordarán las conclusiones.

Planteamiento del problema: ¿Permite el Derecho Internacional De Los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario alcanzar la Paz, sin sacrificar de manera desproporcionada los derechos de las víctimas?

1. CONCEPTO Y ANÁLISIS DE LA JUSTICIA TRANSICIONAL

El vocablo justicia transicional, solo comenzó a ser utilizado como tal hace algo más de veinte años. En efecto, si bien han existido muchas transiciones (sobre todo de la guerra a la paz) a lo largo de la historia, y aun cuando el siglo XX evidenció con las posguerras mundiales dos de los periodos transicionales más importantes, ninguna de

ellos le otorgó a la exigencia de justicia el significado específico que hoy tiene dentro del paradigma de justicia transicional.

Tal y como se comprende en la actualidad, la justicia transicional hace referencia a aquellos procesos transicionales mediante los cuales se llevan a cabo transformaciones radicales de un orden social y político determinado, que enfrentan la necesidad de equilibrar las exigencias contrapuestas de paz y justicia. De hecho, por un lado, los procesos de justicia transicional se caracterizan por implicar en la mayoría de los casos negociaciones políticas entre los diferentes actores, tendientes a lograr acuerdos lo suficientemente satisfactorios para todas las partes como para que estas decidan aceptar la transición. Pero, por otro lado, los procesos de justicia transicional se ven regidos por las exigencias jurídicas de justicia impuestas desde el plano internacional, que se concretan en el imperativo de individualizar y castigar a los responsables de crímenes de guerra y de lesa humanidad cometidos en la etapa previa a la transición. De esa manera, mientras que las exigencias jurídicas antes mencionadas buscan proteger cabalmente los derechos de las víctimas de tales crímenes a la justicia, la verdad y la reparación, las necesidades de paz y de reconciliación nacional propias de los procesos transicionales presionan en dirección opuesta, pues para que los responsables de crímenes atroces decidan aceptar dejar las armas y llegar a un acuerdo de paz, resulta necesario que encuentren incentivos atractivos para hacerlo, tales como el perdón y el olvido de sus actos.⁴

La justicia transicional no es un tipo especial de justicia sino una forma de abordarla en épocas de transición desde una situación de conflicto o de represión por parte del Estado. Al tratar de conseguir la rendición de cuentas y la reparación de las víctimas, la justicia transicional proporciona a las víctimas el reconocimiento de sus derechos, fomentando la confianza ciudadana y fortaleciendo el Estado de derecho.⁵

En palabras más sencillas con base en el informe del Secretario General del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas de agosto 3 de 2004, entendemos por justicia de

⁴ RETTBERG, angelika “*Entre El Perdón Y El Paredón: Preguntas Y Dilemas De La Justicia Transicional*”, Primera edición: Junio 17 de 2005 disponible en : <http://www.sercoldes.org.co/images/pdf/Dilemasenjusticiatransicional.pdf>

⁵ [Citado el 14 de mayo de 2016] Disponible en <https://www.ictj.org/es/que-es-la-justicia-transicional>

transición, aquella que “...abarca toda la variedad de procesos y mecanismos asociados con los intentos de una sociedad por resolver los problemas derivados de un pasado de abusos a gran escala, a fin de que los responsables rindan cuentas de sus actos, servir a la justicia y lograr la reconciliación”.⁶

2. ANTECEDENTES Y DILEMAS DE LA JUSTICIA TRANSICIONAL

En la materialización y objetivos de este tipo de justicia, los cuales implican una transformación radical bien sea por pasar de un estado de conflicto armado a uno de paz, o de una dictadura a una democracia, surge una inevitable tensión en las negociaciones o acuerdos entre las partes en razón a los derechos de la víctimas a la verdad, la justicia y reparación, como consecuencia de los beneficios o incentivos ofrecidos a los actores para lograr su desmovilización y reincorporación civil. Lo anterior conlleva a la búsqueda del equilibrio entre los principios, valores y derechos de paz y justicia, dado a que la imposición de sanciones puede obstaculizar el objetivo principal de este tipo de procesos, o incluso llevarlos al fracaso. He aquí uno de los principales dilemas de la justicia transicional.

Como ha sido sostenido por algunos Constitucionalistas como Rodrigo Uprimny Yepes, cada sociedad debe diseñar su propia fórmula para enfrentar los problemas de verdad, justicia y reparación de acuerdo con los condicionamientos jurídicos y políticos impuestos por el entorno.

Según el mismo tratadista en cita, existe una clasificación de los procesos transicionales según el contenido de la fórmula de transición, las cuales podemos resumir de la siguiente manera:

1. Perdones amnésicos: concedidos en el caso de España y algunas amnistías en nuestro país, amnistías que no contemplan estrategias para el esclarecimiento de la verdad o para reparación de las víctimas; con objetivo de facilitar las negociaciones y la reconciliación a través del olvido.

⁶ “El Estado de Derecho y la Justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos” Informe del Secretario General de las Naciones Unidas, Agosto 3 de 2004.

2. Perdones compensadores: concedidos en el caso de Chile y el Salvador, donde se otorgaron amnistías generales acompañadas de comisiones de verdad, y algunas medidas de reparación a las víctimas; con objetivo de compensar el perdón otorgado a los responsables con medidas de reparación y reconstrucción de la memoria histórica y reparación a las víctimas.
3. Perdones responsabilizantes: concedidos en el caso sudafricano, donde se establecieron comisiones de verdad, y se exigió la confesión total de crímenes atroces, previó ciertas reparaciones y el otorgamiento de perdones individualizados y condicionados para algunos crímenes; con propósito de lograr un equilibrio entre justicia y perdón que haga posible la transición y la reconciliación, intentando en todo caso individualizar responsabilidades.
4. Transiciones punitivas: es el caso de los tribunales de Núremberg, Ruanda y ex Yugoslavia. Donde se establecieron tribunales ad hoc para castigar los responsables de crímenes de guerra y de lesa humanidad. Con el convencimiento que solo con el castigo de los responsables es posible erigir un orden democrático nuevo, fundado en el respeto de los derechos humanos.

Parece ser que el sentir de la mayor parte de la población colombiana, reclama un tipo o modelo de transición punitiva, sin embargo en el caso de nuestro país, el mismo no resulta aplicable en razón a que este modelo implica que una de las partes triunfe militarmente sobre otra, e instale tribunales encargados de juzgar los crímenes cometidos durante el conflicto, situación que no es el caso colombiano. Y Segundo, ninguna de las partes se encuentra en la posibilidad de juzgar legítima y unilateralmente a la otra, por también haber cometido crímenes atroces.

Nos identificamos con la postura de Uprimny, en que el modelo de justicia transicional fundado en perdones responsabilizantes, es el que más respeta los derechos de las víctimas y los principios democráticos, así mismo el que mejor se adecua al contexto colombiano.

Esta clase de perdones responsabilizantes, significan que estos han de ser excepcionales e individuales, regidos por el principio de proporcionalidad, que indica que el perdón

de los victimarios solo es justificable cuando constituye la única medida para alcanzar la paz y la reconciliación nacional y, cuando es proporcional a la gravedad de los hechos cometidos por el inculpado, a su grado de mando y a las contribuciones que haga a la justicia.

De esta forma este tipo de transiciones logran equilibrar las exigencias de justicia y las restricciones impuestas por las negociaciones de paz, resultan compatibles con el derecho internacional al contemplar únicamente perdones proporcionales y necesarios para alcanzar la paz. De igual manera se evita la activación de competencia de tribunales internacionales porque esta concesión de perdones no deriva de la incapacidad del Estado de perseguir a los perpetradores, ni sustraer a los mismos de la responsabilidad penal, sino como el requerimiento para encontrar un equilibrio entre los reclamos contrarios de justicia y paz.

3. PILARES FUNDAMENTALES DE LA JUSTICIA TRANSICIONAL

Con base en los logros de la jurisprudencia internacional se han venido impulsando y fortaleciendo una serie de principios con relación a las obligaciones de los Estados frente a las víctimas de violaciones a los DD.HH. que son aplicables tanto en tiempos de paz, como en tiempos de guerra e incluso y sobre todo, en tiempos de transición. Como parte de estos avances, se destaca un documento embrionario que recoge los llamados principios de Joinet, presentados por Louis Joinet, ex Relator Especial de la ONU para los Derechos Humanos, en su informe final sobre la promoción y protección de los derechos humanos a través de la lucha contra la impunidad de 1997.⁷ En el informe se establecieron cuatro principios fundamentales, bajo los cuales las víctimas se reconocen como sujetos de derechos y el Estado adquiere cuatro grandes obligaciones frente a ellas, los cuales son:

1. El derecho a saber.

⁷ Joinet, Louis (1997). Informe final revisado acerca de la cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos (derechos civiles y políticos). Naciones Unidas, Comisión de Derechos Humanos preparado por el Sr. Louis Joinet de conformidad con la resolución 1996/119 de la Subcomisión, Doc. E. /CIN. 4/sub.2/1997(20/ Rev.1, anexo ii (Conjunto de principios para la protección y la promoción de los Derechos Humanos para la lucha contra la impunidad)

2. El derecho a la justicia.
3. El derecho a obtener reparación.
4. El derecho a que no se repitan las violaciones (contemplado dentro de la reparación).

2.1 JUSTICIA

Durante un conflicto armado (o una dictadura) se comenten graves abusos a los DD.HH. que el Estado está obligado, conforme el DIH y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, a perseguir, investigar, juzgar y sancionar. Sin embargo, la aplicación absoluta de estos compromisos puede obstaculizar el logro de la paz, por lo que se hace necesario encontrar un equilibrio entre la justicia y la reconciliación que en la transición se alcanza con tratamientos judiciales excepcionales.

Empero, el estándar internacional fijado por la jurisprudencia convencional como en el Caso de la Masacre de La Rochela Vs. Colombia “ha indicado que las autoridades deben impulsar la investigación como un deber jurídico propio, no haciendo recaer esta carga en la iniciativa de los familiares. Esto es un elemento fundamental y condicionante para la protección de los derechos afectados por esas situaciones⁸. Por ende, la investigación debe ser realizada por todos los medios legales disponibles y orientada a la determinación de la verdad y la persecución, captura, enjuiciamiento y, eventual castigo de todos los responsables intelectuales y materiales de los hechos, especialmente cuando están o puedan estar involucrados agentes estatales⁹”.

El elemento justicia en la justicia de transición debe ser comprendido ampliamente. En consecuencia, justicia es “una idea de responsabilidad y equidad (fairness) en la

⁸ Cfr. *Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia*. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C No. 140, párr. 145, y *Caso Osorio Rivera y Familiares Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26 de noviembre de 2013. Serie C No. 274, párr. 178.

⁹ Cfr. *Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Serie C No. 101, párr. 156, y *Caso Hermanos Landaeta Mejías y otros Vs. Venezuela. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 27 de agosto de 2014. Serie C No. 281, párr. 216.

protección y reivindicación de derechos y la prevención y castigo de infracciones. Justicia implica consideración de los derechos del acusado, de los intereses de las víctimas y del bienestar de la sociedad a largo plazo. Es un concepto arraigado en todas las culturas y tradiciones nacionales y, aunque su administración implica usualmente mecanismos judiciales formales, son igualmente relevantes mecanismos tradicionales de resolución de conflictos”.¹⁰ De este modo, justicia en la justicia de transición supone mucho más que justicia penal retributiva, se asume de hecho, que la justicia penal no puede ser completamente administrada¹¹ y abarca a la justicia restaurativa en cuanto apunta a restaurar o incluso reconstruir la comunidad (en el sentido de justicia “creativa”). En última instancia, la justicia de transición es una justicia de excepción que aspira a cambiar la situación de conflicto o posconflicto “de un peor a un mejor estado”.

La justicia de transición ha sido objeto de gran atención en sociedades en conflicto y posconflicto. El concepto se ocupa de la justicia en sociedades en transición, sea luego del conflicto o durante un conflicto en curso; supone una serie de medidas que pueden ser de naturaleza judicial o no judicial. Su éxito depende del grado en que contribuya a la verdadera reconciliación y a la consolidación de la democracia y del sistema judicial interno. La experiencia muestra que la lucha por la justicia a menudo confluye con los esfuerzos, en su mayor parte oficiales, por la paz. En efecto, la justicia de transición busca asegurar al mismo tiempo justicia y paz, pero abstenerse de una persecución penal y/o del castigo es a veces necesario para facilitar una transición pacífica, y el dictado de una amnistía es la técnica más importante de exención de una persecución penal. En todo caso, si la ausencia de una persecución penal contribuye a la reconciliación, ello depende del contenido de este concepto y de las circunstancias de cada caso¹².

¹⁰ Report Secretary General transitional justice, par. 7.

¹¹ Ruti G. Teitel, *Transitional Justice* (Oxford: OUP, 2000) 55; para el caso de la Argentina posdictatorial véase Jaime Malamud-Goti, “Transitional government in the breach: Why punish state criminals?”, en: Kritz (n 2), 189, p. 190.

¹² AMBOS, Kai, MALARINO, Ezequiel y ELSNER, Gisela. “JUSTICIA DE TRANSICIÓN Informes de América Latina, Alemania, Italia y España,”. 2008. Göttingen-Buenos Aires disponible en: http://www.kas.de/wf/doc/kas_18236-544-4-30.pdf

Nuestro trabajo investigativo girará en torno a los desafíos que este derecho y su estándar de protección significan para Colombia al momento de cumplir con las obligaciones internacionales de cara al Sistema Interamericano y a la Corte Penal internacional, cuyas posturas parecen disimiles.

2.2 VERDAD

El estándar de protección de este derecho lo encontramos entre otras, en el caso de los desaparecidos del palacio de justicia vs Colombia de la siguiente manera:

“En distintos casos la Corte ha considerado que el derecho a la verdad “se encuentra subsumido en el derecho de la víctima o de sus familiares a obtener de los órganos competentes del Estado el esclarecimiento de los hechos violatorios y las responsabilidades correspondientes, a través de la investigación y el juzgamiento que previenen los artículos 8 y 25.1 de la Convención”¹³.

Hay que aclarar que el derecho a la verdad, tiene dos dimensiones: una individual referida al derecho de las víctimas a saber, del que es titular la víctima por sí misma, y una colectiva referida al derecho inalienable a la verdad de la sociedad donde tuvieron lugar las violaciones.

2.3 REPARACIÓN

El derecho de las víctimas a obtener reparación por los daños derivados de los abusos y violaciones de sus derechos fundamentales ha sido ampliamente recogido y reforzado a la luz de la jurisprudencia internacional sobre los DD.HH¹⁴. Como resultado de este desarrollo, se reconoce que el derecho a la reparación está dirigido a

¹³ CIDH. *Caso de la Masacre de la Rochela Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 11 de mayo de 2007. Serie C No. 163, párr. 147; *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 25 de octubre de 2012 Serie C No. 252, párr. 298. En un caso dicha consideración se realizó en dentro de la obligación de investigar ordenada como una medida de reparación. Cfr. *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154, párr. 148.

¹⁴ López Díaz, Claudia (et al), 2011, Op Cit., pp. 88-93.

mitigar o desaparecer los efectos de las violaciones cometidas¹⁵, el estándar de protección de este derecho lo encontramos de la siguiente manera:

“Sobre la base de lo dispuesto en el artículo 63.1 de la Convención Americana, la Corte ha indicado que toda violación de una obligación internacional que haya producido daño comporta el deber de repararlo adecuadamente, y que esa disposición recoge una norma consuetudinaria que constituye uno de los principios fundamentales del Derecho Internacional contemporáneo sobre responsabilidad de un Estado”¹⁶.

“La reparación del daño ocasionado por la infracción de una obligación internacional requiere, siempre que sea posible, la plena restitución (*restitutio in integrum*), que consiste en el restablecimiento de la situación anterior. De no ser esto factible, como ocurre en la mayoría de los casos de violaciones a derechos humanos, el Tribunal determinará medidas para garantizar los derechos conculcados y reparar las consecuencias que las infracciones produjeron. Por tanto, la Corte ha considerado la necesidad de otorgar diversas medidas de reparación, a fin de resarcir los daños de manera integral, por lo que además de las compensaciones pecuniarias, las medidas de restitución, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición tienen especial relevancia por los daños ocasionados”¹⁷.

De acuerdo con Pablo de Greiff, tradicionalmente se pensaba que la reparación debía concebirse únicamente en términos de una compensación material (monetaria), pero a la luz del Derecho Internacional Público (DIP) moderno, esta concepción se ha ampliado para abarcar otros beneficios, algunos simbólicos, otros materiales pero no solo monetarios¹⁸. En ese sentido, la analista y Senadora Claudia López, señala que hoy en día se insiste en que el derecho a la reparación implica la implementación de un

¹⁵ Botero Marino, Catalina y Restrepo Saldarriaga, Esteban, 2006, Op Cit., p. 77.

¹⁶ Cfr. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Reparaciones y Costas*. Sentencia de 21 de julio de 1989. Serie C No. 7, párr. 25, y *Caso Rochac Hernández y otros Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 14 de octubre de 2014. Serie C No. 285, párr. 174.

¹⁷ Cfr. *Caso De la Masacre de las Dos Erres Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de noviembre de 2009. Serie C No. 211, párr. 226, y *Caso Osorio Rivera y Familiares Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26 de noviembre de 2013. Serie C No. 274, párr. 236.

¹⁸ De Greiff, Pablo, “Elementos de un programa de reparación”. En: Cuadernos del conflicto, Justicia, Verdad y Reparación en medio del conflicto. Fundación ideas para la Paz, 2005, p. 10.

conjunto integral de medidas que trascienden la dimensión económica para incluir otras orientadas a restablecer la salud, la autoestima y la tranquilidad de las víctimas y de las comunidades a las que pertenecen.

4. JUSTICIA RESTAURATIVA Y JUSTICIA TRANSICIONAL

La justicia restaurativa se presenta como un modelo alternativo de enfrentamiento del crimen, que en lugar de fundarse en la idea tradicional de retribución o castigo, parte de la importancia que tiene para la sociedad la reconciliación entre víctima y victimario. En ese sentido, todos los autores y grupos que la defienden coinciden en propugnar porque el derecho penal deje de centrarse en el acto criminal y en su autor, y gire la atención hacia la víctima y el daño que le fue ocasionado; según estas visiones, las necesidades de las víctimas y el restablecimiento de la paz social son las finalidades básicas que debe tener la respuesta al crimen, por cuanto lo que importa es reconocer el sufrimiento ocasionado a la víctima, reparar el daño que le fue causado y restaurarla en su dignidad, más que castigar al responsable, a quien se debe intentar reincorporar a la comunidad con el fin de restablecer los lazos sociales.

Entre tales mecanismos se encuentran todos los que se fundan en la participación de la comunidad y, en particular, en el diálogo entre los actores directamente involucrados en el crimen, es decir, entre los victimarios y sus víctimas.

Por consiguiente, la justicia restaurativa prevé ciertos instrumentos adicionales, tales como la participación en trabajos comunitarios y en terapias psicológicas. Son muchos los que han defendido la conveniencia política y la superioridad ética de emplear la justicia restaurativa como paradigma básico de la justicia transicional

Según Minow, (1998) Tutu (1999) a través del diálogo entre víctimas y victimarios y de la concesión de perdón de aquéllas a éstos, las sociedades logran sanar las profundas heridas dejadas por los crímenes atroces cometidos en el periodo previo a la transición y, de esa manera, garantizan la estabilidad y durabilidad del orden social pacífico alcanzado. En ese entender, la justicia restaurativa le otorga a la justicia transicional un importante grado de legitimidad y, lo que es más importante, mantiene en ella la

centralidad de los derechos humanos, pues si bien el derecho de las víctimas a la justicia es sacrificado de manera importante, lo es en pro de la garantía de los derechos de las mismas a la verdad y a la reparación¹⁹.

Podemos concluir entonces que la justicia restaurativa puede complementar la justicia transicional en diversas maneras, pero no entrar a sustituirla, en primera medida por que ambos tipos de justicia buscan superar el pasado y avizorar ante todo el futuro, y como segundo, a través de herramientas de la justicia restaurativa es posible acompañar el proceso de la justicia transicional, que de hecho es necesario para tener éxito, como cuando fue utilizada en el régimen apartheid por ejemplo en Sudáfrica.

5. ROL DEL DERECHO PENAL COMO HERRAMIENTA DE SUPERACIÓN DEL PASADO

5.1 JUSTICIA Y PAZ

La tensión entre estos dos bienes jurídicos, generalmente ha estado enmarcada en el ideal de punición y la necesidad de un grado de impunidad para alcanzar la paz. Podemos decir que en el marco de la justicia transicional, se ha manifestado por una parte, desde la jurisprudencia interamericana, como lo fue el caso de Barrios Altos vs Perú²⁰ en donde fueron declaradas inconvencionales leyes de amnistías peruanas, estableciendo de esta manera la no admisibilidad de leyes de amnistías a graves violaciones de derechos humanos.

Luego, no yendo lejos, en nuestro propio país en el marco de la desmovilización de grupos paramilitares, surge la llamada “ley de justicia y paz” (ley 975 de 2005) donde se establece un derecho penal, un poco flexible o en mejores palabras, atenuado, que otorga unos beneficios como la reducción ostensible de penas, a cambio de la contribución de estos actores armados al esclarecimiento de la verdad, la reparación de las víctimas, la desmovilización y el desarme.

¹⁹ ¿Justicia transicional sin transición? Verdad, justicia y reparación para Colombia disponible en: <http://www.sercoldes.org.co/images/pdf/Dilemasenjusticiatransicional.pdf>

²⁰ CIDH. Cfr. . Caso Barrios Altos Vs. Perú Sentencia de 14 de marzo de 2001 (Fondo).

Estas dos formas nos muestran como en distintas situaciones y contextos, se respondió de manera diferente a la superación del pasado, una de ellas renunciando parcialmente al derecho penal, y otra dándole prioridad a la justicia.

Compartimos la afirmación del jurista Ezequiel Malarino, quien manifiesta que “un proceso de transición y cualquier actividad en general, que quiera tener éxito, no debe emprender medidas que pongan en juego el logro de sus objetivos elementales”. Como en este caso son: la reconciliación, pacificación, la reparación, entre otras. Para nosotros es muy acertado decir que “siempre que el logro de una finalidad sea una condición para el logro de otra, podremos partir, de que esa finalidad es primaria respecto a aquella que presupone su satisfacción.” La finalidad de todo proceso de transición, más uno como el nuestro, es lograr una situación de convivencia elemental, de no conflicto, de no guerra, ni violaciones masivas de derechos humanos. Es claro, que esta condición de no guerra, no es suficiente para que sea exitoso un proceso de transición, sin embargo si es una base para que pueda llegar a serlo.

Resulta importante señalar que la justicia, es también explicable en términos de paz, si la paz implica esa ausencia de guerra, de ataques y violaciones de derechos contra víctimas inocentes, entonces el termino justicia es el más adecuado para representar este valor de protección de la población civil. Es aquí donde surgen interrogantes como: seguramente es injusto dejar impunes crímenes horribles; pero es justo ¿arriesgar las vidas de víctimas inocentes para cumplir el ideal de punición retributiva? Estamos frente al merecimiento de punición del culpable vs la necesidad de protección de víctimas inocentes, y la paz. Ambos intereses contrapuestos, fundados en la idea de justicia, es por ello que el lema de “no hay justicia sin paz” también puede ser “no hay paz si se sigue derramando sangre de víctimas inocentes”, por lo tanto, creemos que la mejor fórmula es: tanta justicia, como paz lo permita, es decir, usar el derecho penal hasta el punto que el mismo no coloque en peligro la paz como esa situación de ausencia de guerra, como condición elemental de convivencia y desarrollo entre seres humanos.

Los ordenamientos constitucionales han consagrado las instituciones jurídico-políticas de amnistías e indultos de las cuales no encargaremos más adelante en el capítulo de los

delitos políticos. Estos instrumentos, han sido previsto pues, para la superación de situaciones excepcionales, en los cuales hacer uso de las herramientas ordinarias pueden causar daños mayores a los bienes esenciales de la población, como la vida e integridad física, bienes jurídicos que se logran proteger garantizando el bien superior de la paz, y es por ello, que resulta preferible la renuncia parcial al derecho penal ordinario y al ideal de justicia retributiva, en razón a que son más los bienes jurídicos protegidos con la paz que con la punición. Sin embargo, y sin contrariar todo lo anteriormente dicho, compartimos la posición del estándar de justicia fijado por la Corte IDH en relación a la investigación y sanción de los crímenes de Lesa humanidad, al igual que la CPI, por ser crímenes que ofenden a la humanidad.

5.2 DELITOS POLÍTICOS Y CONEXOS COMO SUJETOS DE AMNISTÍAS E INDULTOS

Los criterios para tipificar el delito político pueden reducirse a dos: objetivo y subjetivo.

El primero nos dice el constitucionalista Carlos Gaviria Díaz, se atiende, para la construcción de la figura delictiva, al bien jurídico que pretende amparar, esencialmente al régimen constitucional, circunscribiendo la delincuencia política a las conductas que el propio legislador juzga lesivas de dicho bien. Tal el caso del Código Penal Colombiano que en el título II del libro 2o, tipifica la rebelión, la sedición y la asonada como "delitos contra el régimen constitucional".

El segundo atiende solo (o primordialmente) al móvil que anima al agente en el momento de perpetrar el hecho, independientemente del objeto jurídico inmediatamente vulnerado. Por ejemplo: un magnicidio cometido por una persona, sin relación alguna con un movimiento rebelde o sedicioso, pero por motivos político-sociales, encuadraría dentro de la mencionada categoría, aun cuando las instituciones estatales no resultan más vulneradas de lo que resultan con la comisión de cualquier delito común. Fue ése el derrotero indicado por la Escuela Positiva Penal.

En nuestro sistema prevalece, sin duda, el criterio objetivo pero en armonía con un ingrediente teleológico, a saber: que el alzamiento en armas tenga como propósito el derrocamiento del gobierno o la modificación del sistema vigente, es decir, que el móvil que informe la conducta de los alzados en armas sea inequívocamente político, razón de ser del tratamiento benévolo que para ellos se consagra. Tal propósito específico es elemento constitutivo del tipo y se constituye en el símbolo de esta categoría delictiva.²¹

Por último conviene resaltar, que la definición de delincuente político en Colombia se ha estructurado, como lo han mostrado importantes investigaciones históricas sobre el tema²², en torno a la noción del combatiente armado, por lo cual las definiciones del derecho internacional humanitario han jugado un importante papel. El rebelde es entonces en nuestro país un combatiente que hace parte de un grupo que se ha alzado en armas por razones políticas, de tal manera que, así como el derecho internacional confiere inmunidad a los actos de guerra de los soldados en las confrontaciones interestatales, a nivel interno, los hechos punibles cometidos en combate por los rebeldes no son sancionados como tales sino que se subsumen en el delito de rebelión. Y es obvio que así sea, pues es la única forma de conferir un tratamiento punitivo benévolo a los alzados en armas. Así, durante el Siglo XIX, la doctrina, la legislación y la jurisprudencia concluyeron que la única manera de conferir penas más leves a los alzados en armas era considerar que la rebelión era un delito complejo, de suerte que los otros hechos punibles cometidos en función del combate armado, quedaban subsumidos, como delitos medios, en la rebelión como tal.

Del estudio detallado de nuestra norma superior se observa el trato benévolo que el constituyente primario, quiso dar al delincuente político. Así como también que las figuras de las cuales pueden ser beneficiarios los que cometan la conducta de delito político, como lo son la amnistías y los indultos, están de manera exclusiva e indelegable según el artículo 150.17 de la Constitución Política en cabeza del Congreso

²¹ Sentencia c-456 de 1997 M.P. Carlos Gaviria Díaz.

²² Ver al respecto el detallado y concluyente trabajo de Iván Orozco Abad, *Combatientes, rebeldes y terroristas. Guerra y derecho en Colombia*. Bogotá: Temis, IEPRI, 1992.

de la República en el entendido que “...es una medida eminentemente política, que implica interpretar la voluntad de la Nación. Si el Congreso, con el voto de la mayoría exigida por la Constitución, dicta esta medida, será porque interpreta el sentimiento de la inmensa mayoría de los ciudadanos y si la niega, será porque no existe ese sentimiento”²³.

Suelen considerarse delitos políticos en sí, en nuestra legislación, los de rebelión, sedición y asonada. En conexión con éstos pueden cometerse otros, que aisladamente serían delitos comunes, pero que por su relación adquieren la condición de delitos conexos, y reciben, o pueden recibir, el trato favorable reservado a los delitos políticos. El artículo 67 transitorio de la Constitución utiliza la figura de la conexidad con el delito político, como la herramienta jurídica a través de la cual se busca lograr que los grupos al margen de la ley abandonen la vía de las armas y se reincorporen a la sociedad civil, teniendo la garantía de un espacio para su participación política, utilizando la amnistía y el indulto como dispositivos jurídicos extraordinarios orientados a la superación de situaciones de conflicto social y a restablecer el orden jurídico.²⁴

La utilidad del concepto de delito político en el marco de la estrategia para alcanzar la paz, se deriva de la fuerza simbólica del reconocimiento moral y político del enemigo alzado en armas, que implica para el Estado que un grupo armado, a pesar de haber cometido en el contexto del conflicto graves conductas criminales, mantiene una dignidad moral que justifica que el gobierno pueda adelantar con ellos una negociación política²⁵. Al mismo tiempo, implica para los actores tener una etiqueta y caer en una

²³ Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-179 de 1994 M.P Carlos Gaviria Díaz. Expediente No. P.E. 002

²⁴ Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-577 de 2014 M.P MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ. Expediente D-9819.

²⁵ Alejandro Aponte Cardona, Intervención Ciudadana, 5 de marzo de 2012, Folios 422 y ss. Adicionalmente ver: Alejandro Aponte, El Derecho Penal del Enemigo en Colombia: entre la paz y la guerra. En: Manuel Cancio Meliá (Coord.) y Carlos Gómez-Jara Diéz (Coord.), Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión, Ed. Edisofer, 2006. Pp. 205 – 238.

categoría distinta a la de criminal ordinario, abriendo con ello las puertas a un diálogo que reconoce su doble connotación armada y política.²⁶

Puntualmente, en materia de conexidad la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha determinado que “puede existir la posibilidad que el legislador confiera el carácter conexo del delito político a otros tipos penales, siempre y cuando se cumplan con condiciones de razonabilidad y proporcionalidad²⁷”. Así mismo queda dentro de la amplia facultad de configuración normativa del Congreso extender los beneficios propios del delito político y determinar cuáles delitos se excluyen del mismo, o se prohíbe que se tengan como conexos de tales, como por regla general en diferentes oportunidades se ha excluido los delitos atroces, barbaries o actos de terrorismo, secuestro, extorsión, los homicidios cometidos fuera de combate o aprovechando la situación de indefensión de la víctima.²⁸

En conclusión, se puede sostener que en materia de indultos y amnistías, la Corte Constitucional, si bien ha reconocido la libertad configurativa que tiene el legislador para establecer cuáles delitos conexos al político podrán gozar de este beneficio, ha excluido expresamente conductas como el homicidio fuera de combate, el terrorismo, el secuestro y la extorsión, utilizando parámetros de razonabilidad y proporcionalidad, dejando clara la necesidad de respetar los estándares internacionales en materia de derechos humanos y Derecho Internacional Humanitario.

En el caso concreto de las amnistías, Kai Ambos plantea dos enfoques: uno estrecho referido a las amnistías absolutas y otro flexible referido a las amnistías condicionales. Las primeras, llamadas también amnistías amnésicas por su objetivo de esconder las violaciones del pasado impidiendo la persecución penal, van totalmente en contra de las obligaciones internacionales frente a los derechos de las víctimas arriba mencionadas por lo que están absolutamente prohibidas, especialmente en el caso de

²⁶ Cfr. Farid Benavides, *El Delito Político en el Marco del Proceso de Paz con las FARC*, Universidad de Los Andes. p.9. Robert Ricigliano, *Choose to engage: armed groups and peace processes*, Accord Series, Conciliation Resources, London, 2005.p.5.

²⁷ Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-695 de 2002 M.P Jaime Córdoba Triviño. Expediente D-3945

²⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-127 de 1993. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero. Proceso No. D-179.

los crímenes internacionales primarios (genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra)²⁹. Con respecto a este punto, los principios de Chicago, sugieren evitar la concesión de amnistías absolutas por crímenes graves contra la humanidad, limitar el uso de este tipo de mecanismos como condición para la terminación de un conflicto solo en el caso de los combatientes rasos, acogiéndose siempre a la ley internacional, y cuando se otorguen complementarlas con medidas de rendición de cuentas para evitar la impunidad.

Respecto a las segundas, pueden asumir un carácter más laxo que no necesariamente implica perdonar y olvidar las violaciones de manera automática sino que condiciona esa exención o el otorgamiento de beneficios al cumplimiento de unos requisitos y la realización de unos actos como por ejemplo, el desarme y la desmovilización de un grupo armado, contar toda la verdad acerca de los sucedido, o que reparen a sus víctimas.³⁰

6. SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS Y DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO COMO LÍMITE DE LOS ACUERDOS DE PAZ

Si bien todos los Estados gozan de soberanía, la internacionalización de estos a través de la ratificación de pactos entre organismos internacionales y de Estado a Estado, ha generado que el concepto de soberanía se haya modificado un poco. Esto, en un esfuerzo para que en el mundo realmente haya respeto por los derechos de todas las personas sin distinción de sexo, raza o estirpe.

De cara a esta internacionalización y específicamente hablando de la ratificación del Pacto de San José de Costa Rica, algunos países entre los cuales está Colombia, reconocen la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos e igualmente respetan el corpus iuris de la Convención, no solo con el reconocimiento y aplicación de sus directrices, sino también de su jurisprudencia. En los Artículos 1 y 2

²⁹ Ambos, Kai, “El marco jurídico de la justicia en transición”, en: Ambos Kai, Malarino Ezequiel y Elsner, Gisela, Justicia de Transición. Informes de América Latina, Alemania, Italia y España. Fundación Konrad Adenauer Stiftung, 2009, pp. 62- 63

³⁰ Bassiouni, Cherif, 2007, Op cit.

del pacto, se establece claramente que los países deben modificar sus ordenamientos internos para estar en armonía con la Convención, de igual forma sus actuaciones no pueden ser contrarias a ella.

En tratándose de justicia transicional, el respeto de un Estado a su realidad histórica y cultural, al igual que a su derecho interno, no puede esgrimirse como excusa válida para incumplir las exigencias de la legalidad internacional o para eludir las lecciones de la experiencia ajena. De una parte, según el artículo 27 de la Convención de Viena Sobre Derecho de los Tratados de 1969, ningún Estado puede invocar sus normas o decisiones de derecho interno para justificar el incumplimiento de sus obligaciones internacionales de carácter convencional, como las que se derivan de los tratados de derechos humanos y derecho humanitario en materia de tutela judicial efectiva y derecho de las víctimas a la justicia.

Como observamos, los acuerdos discutidos por las partes involucradas en el conflicto armado interno Colombiano a pesar de ser un acuerdo político tendrán su límite en el derecho internacional de los derechos humanos, por diversos factores como lo son el respeto integral de los derechos de las víctimas, el esclarecimiento de la verdad y la no impunidad sobre todo, en cuanto a la figura de amnistías e indultos.

Y esta solución negociada del conflicto armado interno permite pensar en un juicio de ponderación de los derechos involucrados, sobre la necesidad de poner fin al conflicto y así evitar futuras graves violaciones a los derechos humanos. En razón a la obligación de los Estados de atender los derechos de las víctimas, y con la misma intensidad, la obligación de prevenir nuevos hechos de violencia y alcanzar la paz en un conflicto armado por los medios que estén a su alcance, como lo manifiesta el maestro GARCIA SAYAN, en el caso EL MOZOTE “La paz como producto de una negociación se ofrece como una alternativa moral y políticamente superior a la paz como producto del aniquilamiento del contrario. Por ello, el derecho internacional de los derechos humanos debe considerar a la paz como un derecho y al Estado como obligado a alcanzarla. De este modo, en ciertas situaciones de tránsito de un conflicto armado a la paz, puede ocurrir que un Estado no se encuentre en posibilidad de

materializar plenamente, en forma simultánea, los distintos derechos y obligaciones contraídas internacionalmente.

En esas circunstancias, tomando en consideración que no se le puede conferir a ninguno de esos derechos y obligaciones un carácter absoluto, es legítimo que se ponderen de manera tal que la plena satisfacción de unos no afecten de forma desproporcionada la vigencia de los demás. Así, el grado de justicia al que se pueda llegar no es un componente aislado, del cual se podrían derivar legítimas frustraciones e insatisfacciones, sino parte de un ambicioso proceso de transición hacia la tolerancia recíproca y la paz.”³¹

Hay que señalar que el sistema regional de protección de derechos humanos no hace una proscripción absoluta de aplicación de amnistías, el sistema las ha proscripto absolutamente para aquellos casos en donde se pretenda otorgar una auto amnistía, amnistías en blanco, leyes de punto final, o instrumentos que impidan a las víctimas gozar de un recurso judicial efectivo, así como amnistías absolutas como se observa en su jurisprudencia, por ejemplo en el caso *Almonacid Arellano vs Chile* en 2006. De la misma forma el Estatuto de Roma no prohíbe el otorgamiento de amnistías e indultos cuando se trate de delitos políticos, tampoco nuestro ordenamiento constitucional.

De igual manera ha sido reiterada la jurisprudencia de ambos organismos internacionales y más aún la CPI, en manifestar que ella asume competencia, cuando mediante estas figuras jurídicas se busque sustraer a la persona de su responsabilidad penal por crímenes de su competencia, sin importar que a nivel interno exista cosa juzgada. Al respecto la Corte Constitucional en sentencia C-577 DE 2014 manifestó:

“En materia de procesos de paz y amnistías o indultos, señaló la Corte Constitucional, que la ratificación del Estatuto de Roma no implicaba “(...) *un obstáculo para futuros procesos de paz y de reconciliación nacional en donde se consideren medidas como los indultos y las amnistías con sujeción a los parámetros establecidos en la constitución y en los principios y normas de derecho internacional aceptados por Colombia (...) [porque]*

³¹ CIDH. Cfr. CASO MASACRES DE EL MOZOTE Y LUGARES ALEDAÑOS VS. EL SALVADOR. Párrafos 38 y 39 voto concurrente de García Sayán.

el estatuto de roma, y nuestro ordenamiento constitucional, (...) sólo permite[n] la amnistía o el indulto para delitos políticos”³².

7. CONTROL DE CONVENCIONALIDAD COMO HERRAMIENTA PROCESAL DEL SISTEMA INTERAMERICANO EN GARANTÍA Y RESPETO DE LOS DERECHOS DE LAS VÍCTIMAS

Sobre esto, bien vale hacer varias precisiones a saber: como primero, las experiencias de varios países en la región, como Argentina, Uruguay, Perú, entre otros, han dado a entender que los tribunales tanto internacionales como internos entran en una disyuntiva al momento de afrontar la justicia transicional, ello es por una razón elemental, la cual es que de su papel depende el éxito o no de los procesos de transición; es por ello que en virtud del control de convencionalidad, se requiere de un dialogo dinámico entre tribunales nacionales e internacionales, con el fin de adecuar sus actuaciones al interés superior del proceso de transición, lo cual es, en el caso Colombiano, alcanzar la paz, sin el menoscabo sustancial de los derechos de las víctimas de graves violaciones de derechos humanos, teniendo la posibilidad la CIDH de adoptar y dar aplicación a la jurisprudencia Colombiana y fijar un nuevo estándar que facilite a los Estados el cumplimiento cabal de sus obligaciones sin perjudicar a una Nación entera.

Con base en la complementariedad del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos, la Corte ha señalado en el caso [Zulema Tarazona y otros vs Perú](#), que “ Por tanto, la responsabilidad estatal bajo la Convención sólo puede ser exigida a nivel internacional después de que el Estado haya tenido la oportunidad de establecer, en su caso, una violación de un derecho y reparar el daño ocasionado por sus propios medios. Lo anterior se asienta en el principio de complementariedad (o subsidiariedad), que informa transversalmente el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, el cual es, tal como lo expresa el Preámbulo de la misma Convención Americana, “coadyuvante o complementario de la [protección] que ofrece el derecho

³² Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C- 578 de 2002. Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa. expediente LAT-223.

interno de los Estados americanos”. De tal manera, el Estado “es el principal garante de los derechos humanos de la personas, de manera que, si se produce un acto violatorio de dichos derechos, es el propio Estado quien tiene el deber de resolver el asunto a nivel interno y, [en su caso,] reparar, antes de tener que responder ante instancias internacionales como el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, lo cual deriva del carácter subsidiario que reviste el proceso internacional frente a los sistemas nacionales de garantías de los derechos humanos”. El referido carácter subsidiario de la jurisdicción internacional significa que el sistema de protección instaurado por la Convención Americana sobre Derechos Humanos no sustituye a las jurisdicciones nacionales, sino que las complementa”.

Citando a Olger Ignacio González Espinosa, “Sólo si el juez nacional no ha hecho “lo que le corresponde”, el juez internacional puede y debe entrar en acción, en los mismos términos. Sólo así, en complementariedad, tiene sentido considerar a la justicia internacional en interacción con la dialéctica democracia-Constitución nacional: como eventual “muro de contención”, como garantía colectiva; como “contralor complementario de convencionalidad³³”.

Por otro lado, y sin contradecir los intereses de las víctimas de graves violaciones de derechos humanos, la Corte Constitucional al estudiar la ley 795 de 2005, señaló que “cierto tipo de limitaciones de los derechos de las víctimas son admisibles solo si son correlativamente proporcionales a que la sociedad pueda alcanzar la paz y la desarticulación de los factores de violencia³⁴”.

De igual forma, de conformidad con el artículo 17(1) del Estatuto de Roma, la admisibilidad exige determinar la complementariedad (apartados (a)-(c)) y la gravedad (apartado (d)). De conformidad con su estrategia, la Fiscalía determinará la complementariedad, la gravedad en relación con los presuntos crímenes más graves y quienes parezcan ser sus máximos responsables.

³³ Acerca del “control de convencionalidad” por parte de los operadores de justicia (nacionales e internacionales) en situaciones de justicia transicional. Olger Ignacio González Espinosa, pág. 224.

³⁴ Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C – 370 de 2006 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

Lo anterior constituye una política de la fiscalía de la CPI, al evaluar la complementariedad en la fase de examen preliminar, primero hay que preguntar si existen, o han existido, investigaciones nacionales pertinentes relacionadas con posibles casos de los que podría ocuparse la Fiscalía, ello se determina teniendo en cuenta la política de la Fiscalía de centrar su labor de investigación y procesamiento en quienes parecen ser los máximos responsables de los crímenes más graves.

Por lo tanto, el principal objeto del análisis y de la interacción de la Fiscalía con las autoridades colombianas ha sido asegurarse de que éstas han dado prioridad a los procedimientos emprendidos contra quienes parecen ser los máximos responsables de los crímenes más graves y de que dichos procedimientos son genuinos.

CONCLUSIÓN

El cumplimiento de los pilares fundamentales de la justicia transicional, no es tarea fácil como se observó a lo largo de esta investigación, garantizar los derechos de las víctimas y lograr la real reconciliación, pero tampoco es una tarea imposible. Es el dilema de encontrar el equilibrio entre la justicia y la paz el que enfrenta este tipo de justicia, el cual no se logrará claro está, siempre que una de aquellas sea privilegiada de manera absoluta sobre otra.

En casos complejos como el nuestro, la obligación de investigar conlleva el deber de dirigir los esfuerzos del aparato estatal para desentrañar las estructuras que permitieron esas violaciones, sus causas, sus beneficiarios, sus consecuencias, no sólo descubrir, enjuiciar y en su caso sancionar a los perpetradores inmediatos. Es decir, la protección de derechos humanos debe ser uno de los fines centrales que determine el actuar estatal en cualquier tipo de investigación, proteger y garantizar en la mayor medida los derechos humanos, así como en sede de justicia transicional el cumplimiento integral y no excluyente de las obligaciones y derechos a la justicia, verdad, reparación y garantías de no repetición, para el logro de la paz estable y duradera.

Somos conscientes de que los crímenes internacionales definidos por el Estatuto de Roma, así como los estándares fijados por la Corte IDH en razón a los derechos de

las víctimas es respetable, por ello consideramos que los “perdones responsabilizantes” y las amnistías condicionadas, son la mejor opción para nuestro país.

Como se puede observar en esta investigación, contamos con instrumentos tanto nacionales como internacionales, para lograr el equilibrio de los bienes tutelables y alcanzar la paz, tanto en el derecho nacional, como el internacional, bien sea de los derechos humanos o el internacional humanitario, contienen instrumentos que permiten materializar el objetivo de la justicia transicional, solo queda en nuestras manos, utilizarlos de la mejor manera posible, para alcanzar la satisfacción de una necesidad imperante para la convivencia humana.

“no existe un derecho humano al castigo que pueda vencer al derecho humano a no ser injustamente, asesinado, lesionado etc.”³⁵

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMBOS, Kai, “El marco jurídico de la justicia en transición”, en: Ambos Kai, Malarino Ezequiel y Elsner, Gisela, Justicia de Transición. Informes de América Latina, Alemania, Italia y España. Fundación Konrad Adauer Stiftung, 2009.

AMBOS Kai, COTE Gustavo, IBÁÑEZ Catalina "et al" *Justicia de Transición y Constitución*, tomo I, Bogotá, Temis, 2014.

CIDH. Cfr. *Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia*. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C No. 140.

CIDH. Cfr. *Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Serie C No. 101.

CIDH. *Caso de la Masacre de la Rochela Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 11 de mayo de 2007. Serie C No. 163.

CIDH. Cfr. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Reparaciones y Costas*. Sentencia de 21 de julio de 1989. Serie C No. 7

-
- ³⁵ MALARINO, Ezequiel. *Derechos humanos y derecho penal*. Colección internacional N°40. Bogotá D.C. Grupo editorial Ibáñez. 2012. Pág. 295.

CIDH. *Cfr. Caso De la Masacre de las Dos Erres Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de noviembre de 2009. Serie C No. 211

CIDH. *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 25 de octubre de 2012 Serie C No. 252.

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-695 de 2002 M.P Jaime Córdoba Triviño. Expediente D-3945.

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-456 de 1997 M.P Carlos Gaviria Díaz. Expediente No. D-1615.

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-179 de 1994 M.P Carlos Gaviria Díaz. Expediente No. P.E. 002.

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-577 de 2014 M.P Martha Victoria Sáchica Méndez. Expediente D-9819.

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C- 578 de 2002. Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa. Expediente LAT-223.

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-127 de 1993. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero. Proceso No. D-179.

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C – 370 De 2006. M.P Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Alvaro Tafur Galvis, Clara Inés Vargas Hernández. Expediente D-6032.

CUERVO Beatriz, MOLINA Paola, TORRES Daniela, Casallas anyela, Rodriguez Julio, "*Origen y Fundamento de la Justicia Transicional*" *Vinculos*, Volumen 11, 2014, Bogota, Editorial UD.

GONZÁLEZ Eduardo y VARNEY Howard. "En busca de la verdad". Elementos para la creación de una comisión de la verdad eficaz / Editores Brasilia: Comisión de Amnistía del Ministerio de Justicia de Brasil; Nueva York: Centro Internacional para la Justicia Transicional, 2013.

RETTBERG, Angelika. "Entre El Perdón Y El Paredón: Preguntas Y Dilemas De La Justicia Transicional" Bogotá: Universidad de los Andes, Facultad de Ciencias

Sociales, Departamento de Ciencia Política, CESO, Ediciones Uniandes; Canadá: International Development Research Centre, c2005.

RAMELLI ARTEAGA, Alejandro, Crímenes internacionales. “Jurisprudencia Penal Internacional Aplicable en Colombia.” Primera Edición. Bogotá, D. C., Colombia Año 2011.

ORDOÑEZ Alejandro, GUARIN Rafael, HERNANDEZ Claudia, *La Paz No lo Justifica Todo: Mínimos Penales Para Máximos Responsables*, Tomo I, Bogotá, IEMP, 2016.

UPRIMNY YEPES, Rodrigo, “La ley de Justicia y Paz: ¿una garantía de justicia y paz y de no repetición de las atrocidades? en: Uprimny Yepes, Rodrigo (et al), ¿Justicia Transicional sin transición? Verdad, justicia y reparación para Colombia. Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad. Colección ensayos y protestas, 2006.

MALARINO, Ezequiel. *Derechos humanos y derecho penal*. Colección internacional N°40. Bogotá D.C. Grupo editorial Ibáñez. 2012. 328 pág.