

# La dimensión normativa de la justicia transicional, el Sistema Interamericano y la negociación con los grupos armados en Colombia\*

Fecha de recepción: 14 de diciembre de 2012

Fecha de aceptación: 18 de junio de 2013

Doi: [dx.doi.org/10.12804/acdi7.2014.04](https://doi.org/10.12804/acdi7.2014.04)

Manuel Fernando Quinche Ramírez\*\*

Rocío del Pilar Peña Huertas\*\*\*

*Resumen.* El tema de este escrito es el de la dimensión normativa o jurídica de la justicia transicional en América Latina y Colombia y, más precisamente, el desafío de lograr que uno de sus componentes jurídicos, el relacionado con las reglas y estándares sobre los derechos de las víctimas fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sean asumidos como obligaciones

---

\* Este artículo es uno de los resultados de la investigación *Inclusión democrática por vía judicial*, de la línea de investigación *Sistemas jurídicos, sistema constitucional y de protección*, del Grupo de Investigación en Derecho Público de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario de Bogotá.

\*\* Filósofo de la Universidad del Rosario, Especialista en Derecho Constitucional de la Pontificia Universidad Javeriana. Director Línea de Investigación *Sistema jurídico. Sistema constitucional y de protección*. Facultad de Jurisprudencia, Universidad del Rosario, Bogotá. Correo electrónico: [manuel.quinche@urosario.edu.co](mailto:manuel.quinche@urosario.edu.co)

\*\*\* Abogada de la Universidad del Rosario. Doctora en Derecho de la Universidad Externado de Colombia. Profesora investigadora Facultad de Jurisprudencia Universidad del Rosario, Bogotá. Correo electrónico: [rocio.pena@urosario.edu.co](mailto:rocio.pena@urosario.edu.co)

Para citar este artículo: Quinche Ramírez, Manuel Fernando y Peña Huertas, Rocío del Pilar (2014), “La dimensión normativa de la justicia transicional, el sistema interamericano y la negociación con los grupos armados en Colombia”. *ACDI - Anuario Colombiano de Derecho Internacional* vol. 7, pp. 113-159. doi: [dx.doi.org/10.12804/acdi7.2014.04](https://doi.org/10.12804/acdi7.2014.04)

efectivas de respeto y garantía por las autoridades colombianas. La tesis estriba en que la incorporación de esas reglas y estándares de origen judicial es obligatoria para Colombia y los Estados parte en la Convención Americana, tanto en situaciones de normalidad como en el marco de procesos de transición, como el iniciado en este país con los paramilitares y hoy continuado con los guerrilleros. Adicionalmente se muestra que la asunción de esos estándares provenientes del Derecho Internacional de los Derechos Humanos no parece clara, lo que permite cuestionar la consistencia del proceso y plantear el riesgo de un eventual juzgamiento posterior por cortes internacionales.

*Palabras clave:* Justicia transicional, transición, estándares de protección, derechos de las víctimas, impunidad, grupos paramilitares, grupos guerrilleros, Corte Interamericana de Derechos Humanos.

The regulatory dimension of transitional justice,  
the inter-American system and the negotiations  
with the armed groups in Colombia

*Abstract:* This paper discusses the normative or juridical dimension of transitional justice in Latin America and Colombia, and more precisely the challenge of having one of its legal components, the one related to the rules and standards on victims' rights as established by the Inter-American Court of Human Rights, effectively enforced and guaranteed by the Colombian authorities. The thesis is based on the assumption that the incorporation of these rules and standards is mandatory for Colombia and for the States of the American Convention, both in normal situations and in the framework of transitional processes, as the one initiated in this country, first with the paramilitaries, and currently with the guerrillas. The paper additionally shows that the adoption of these standards originating in International Human Rights Law seems unclear, which leads us to question the consistency of the process and to point out the risk of future prosecution by international courts.

*Key words:* Transitional justice, transition, protection standards, victims' rights, impunity, paramilitary groups, guerrilla groups, Inter-American Court of Human Rights.

## A dimensão normativa da justiça transicional, o Sistema Interamericano e a negociação com os grupos armados na Colômbia

*Resumo:* O tema deste escrito é a dimensão normativa ou jurídica da justiça transicional na América Latina e na Colômbia e, mais precisamente, o desafio de conseguir que um dos seus componentes jurídicos, o relacionado com as regras e standards sobre os direitos das vítimas fixados pela Corte Internacional de Direitos Humanos, sejam assumidos como obrigações efetivas de respeito e garantia pelas autoridades colombianas. A tese baseia-se em que a incorporação dessas regras e standards de origem judicial é obrigatória para a Colômbia e os Estados parte na Convenção Americana, tanto em situações de normalidade como no marco de processos de transição, quanto o iniciado neste país com os paramilitares e hoje continuado com os guerrilheiros. Adicionalmente, mostra-se que a assunção desses standards provenientes do Direito Internacional dos Direitos Humanos não parece clara, o que permite questionar a consistência do processo e expor o risco de um eventual julgamento posterior por cortes internacionais.

*Palavras-chave:* Justiça transicional, transição, standards de proteção, direitos das vítimas, impunidade, grupos paramilitares, grupos guerrilheiros, Corte Interamericana de Direitos Humanos.

### Introducción

El tema de este escrito es el de la dimensión normativa o jurídica de la justicia transicional en América Latina y Colombia y, más precisamente, el desafío de lograr que uno de sus componentes jurídicos, el relacionado con las reglas y estándares sobre los derechos de las víctimas fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sean asumidos como obligaciones efectivas de respeto y garantía por las autoridades colombianas, así como por las de los demás Estados parte en la Convención Americana de Derechos Humanos, y no solo como un conjunto de estándares simplemente sugeridos por cortes u órganos internacionales.

La tesis es que la incorporación de esas reglas y estándares de origen judicial es obligatoria para Colombia y los Estados parte en la Convención Americana, tanto en situaciones de normalidad como en el marco de procesos de transición, como el iniciado en ese país con los paramilitares y hoy

continuado con los guerrilleros. Adicionalmente se muestra que la asunción de esos estándares provenientes del Derecho Internacional de los Derechos Humanos no parece clara, lo que permite cuestionar la consistencia del proceso y plantear el riesgo de un eventual juzgamiento posterior por cortes internacionales.

Que esta tesis, en principio predicable respecto de cualquier Estado, se encuentre o no en proceso de transición resulta especialmente sensible en el caso colombiano, en este, tras el intento hecho por la administración de Álvaro Uribe con la expedición de la Ley 975 de 2005, *de justicia y de paz*, sobreviene la actividad de la administración del presidente Santos, que se despliega bajo dos frentes de una misma transición: de un lado, en la reactivación del proceso iniciado con los paramilitares, impulsado mediante diversas leyes, entre ellas, la Ley 1424 de 2010 *Por la cual se dictan disposiciones de justicia transicional que garanticen verdad, justicia y reparación a las víctimas de desmovilizados de grupos armados al margen de la ley* y, del otro, con el inicio y desarrollo de los diálogos de La Habana con los grupos guerrilleros.

Hechos acontecidos en América Latina en los últimos años evidencian la pertinencia del tema, la necesidad de evaluación y la plausibilidad de la tesis: La expedición de cuatro decretos legislativos de impunidad por violaciones graves de los derechos humanos en Perú,<sup>1</sup> la iniciativa de la iglesia católica chilena, interesada en la impunidad para militares autores de crímenes atroces, bajo la figura del “Indulto Bicentenario”,<sup>2</sup> la sentencia de abril 29 de 2010 de la Corte Suprema Federal de Brasil, que declaró constitucional la ley de amnistía de 1979,<sup>3</sup> que contrasta con la declaratoria de responsabilidad internacional de Brasil hecha por la Corte Interamericana de Derechos Humanos a propósito de la misma ley de amnistía,<sup>4</sup> los altibajos del proceso de negociación con grupos paramilitares acontecido en Colombia<sup>5</sup>

1 Son los Decretos 1094, 1095, 1096 y 1097 del 1 de septiembre de 2010, dictados con base en facultades otorgadas por el Congreso de Perú al presidente Alan García.

2 Es la iniciativa de indulto por crímenes atroces presentada el 21 de julio de 2010, por la Conferencia Episcopal Chilena al presidente Sebastián Piñera, al Senado y la Cámara de Diputados, en: <http://www.elmaule.cl/admin/render/noticia/25719&print=true>, visita de agosto 23 de 2010.

3 *Brasil: Decisión sobre la ley de amnistía afecta el cumplimiento de las obligaciones con las víctimas*. En: <http://www.ictj.org/images/content/2/0/2014.pdf>, visita de agosto 23 de 2010.

4 Corte IDH. *Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) contra Brasil*. Sentencia de noviembre 24 de 2010. Serie C n.º 219.

5 Implementado por la Ley 975 de 2005 por Álvaro Uribe, que permite condenas de tan

y su relanzamiento bajo la administración Santos, y la declaratoria de “inejecutabilidad” de las sentencias de la Corte Interamericana hecha por Venezuela<sup>6</sup> evidencian que existen problemas de ajuste y aceptación de las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que la justicia retributiva ha resultado insuficiente para restituir la integridad de los derechos a las víctimas de violaciones y que el negacionismo persiste como conducta oficial.

Para desarrollar el tema se procede así: En primer lugar acontece la presentación del componente jurídico de la justicia transicional al que se ha hecho referencia, resaltando su derivación y desempeño en los órganos del Sistema Interamericano de Protección (i). En segundo término, se reconstruyen las reglas y estándares fijados por la Corte Interamericana alrededor de la proscripción de las amnistías, los derechos de las víctimas y los requerimientos que desde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos se hacen tanto al derecho vigente de los Estados parte, como a los procesos de transición, con referencia específica al caso colombiano (ii), para luego, en tercer lugar, exponer las tesis planteadas alrededor de la obligatoriedad de esas reglas y estándares de origen judicial (iii). En la cuarta sección se reconstruye el camino recorrido en la negociación con los paramilitares durante la administración Uribe (iv) y se presentan los elementos estructurales y normativos del comienzo de la negociación del gobierno del presidente Santos con los grupos guerrilleros (v). El texto finaliza con una conclusión derivada de la reconstrucción a la que se asistió (vi).

## 1. El componente jurídico de la justicia transicional y el Sistema Interamericano

Una definición estipulativa de la justicia transicional la entiende como un modelo en el que concurren ajustes judiciales y extrajudiciales que facilitan y permiten el paso de una situación de guerra, de conflicto o de autoritarismo oficial, a una democracia o a una situación de paz. La transición descansa en el supuesto de un tránsito entre regímenes distintos y situaciones

---

solo cinco a ocho años a los autores de masacres, torturas, homicidios, desapariciones forzadas, reclutamiento de niños y otros similares.

6 Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela (n.º 1939) de diciembre 12 de 2008, respecto de la sentencia de fondo proferida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el *Caso Apits Barbera y otros contra Venezuela*, agosto 5 de 2008, Serie C n.º 182.

políticas diversas, bajo la promesa de llegar a una sociedad más democrática, pacífica e incluyente.

Usada como modelo, la justicia transicional se articula desde diversos componentes, que involucran elementos del derecho y de la política en variados frentes: el ejercicio de acciones judiciales en contra de los perpetradores, la articulación de mecanismos para la búsqueda de la verdad o su construcción, el establecimiento de políticas públicas de reparación integral y la reforma de las instituciones para la gobernabilidad democrática.<sup>7</sup>

En dicho escenario concurren en tensión dos componentes básicos, el político y el jurídico o normativo. El componente político se materializa en las decisiones que optan los gobiernos en el intento por superar la situación de conflicto, guerra o violación de los derechos humanos, que ha dado lugar a la transición y el componente jurídico, materializado en varios elementos, como la expedición de normas sobre juzgamiento, la conformación de tribunales o de instancias, pero muy especialmente en la formulación y defensa de los derechos de las víctimas, que involucran derechos, garantías y posiciones, articuladas en el contexto del Derecho Internacional y la importación de “préstamos autoritativos” de derecho extranjero, patentes en la referencia continua a decisiones de tribunales internacionales,<sup>8</sup> hasta conformar lo que Rincón denomina el “núcleo normativo duro” de la justicia transicional, que opera como límite normativo de la decisión política.

Rincón entiende que la relación entre el componente jurídico de la justicia transicional y los otros elementos de la misma (tales como las decisiones políticas que dan lugar a la transición, las instituciones que se crean, los modelos adoptados, las prácticas sociales que articulan, etc.) es dinámica o de doble vía, pues, de un lado, el componente normativo, compuesto por principios y estándares de origen judicial se implementa en los casos concretos, aportando nuevos principios, refinando los existentes y mejorando los estándares (i); y de otro lado, los nuevos principios y estándares, ya enriquecidos, entran a jugar y delimitar, otra vez, los nuevos procesos transicionales (ii).<sup>9</sup>

7 Véase Rettberg, Angelika, “Reflexiones introductorias sobre la relación entre construcción de paz y justicia transicional”, en: *Entre el perdón y el paredón*. Universidad de los Andes, Bogotá, 2005; Elster, John, *Rendición de cuentas. Justicia transicional en perspectiva*, Buenos Aires, Katz, 2006; y Rincón, Tatiana, *Verdad, justicia y reparación. La justicia de la justicia transicional*, Universidad del Rosario, Bogotá, 2010.

8 Filippini, Leonardo, “Proceso nacional y sistemas judiciales internacionales: el caso argentino”, en: *Transiciones en contienda. Dilemas de la justicia transicional en Colombia y en la experiencia comparada*, Centro Internacional para la Justicia Transicional, Bogotá, 2010.

9 Rincón, Tatiana, *op. cit.*

La dinámica establecida entre la dimensión normativa de la justicia transicional y las decisiones políticas que dan lugar a los procesos de transición puede ser percibida en diversos planos de desempeño de los procesos concretos, que indistintamente involucran la decisión política y social de adelantar una transición, la adopción del modelo a ser utilizado, el grado de judicialización y las decisiones administrativas necesarias para el desarrollo del proceso.

Sin embargo, y este es el punto más significativo, los procesos de transición, que en el pasado fueron tratados como asuntos de derecho interno bajo el modelo del Estado Nacional, ya no lo son y, por el contrario, la globalización del derecho y los renovados escenarios del Derecho Internacional hacen que en la actualidad no puedan desarrollarse procesos de transición simplemente domésticos, sino que todos sean sometidos a evaluación permanente en las fases de implementación, ejecución y especialmente en el balance.

Esta situación de no poder desarrollar hoy procesos de transición con decisiones y normas simplemente domésticas ha hecho problemática la existencia de supuestas transiciones del pasado, las que son ahora objeto de escrutinio posterior, desde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. La evidencia más visible de este hecho la constituyen las actuaciones de los órganos del Sistema Interamericano y, de manera más concreta, la regla de proscripción de las amnistías fijada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Para el derecho penal, la amnistía, el indulto y las leyes de “punto final” son causales de extinción de la acción penal. La amnistía es un acto por el que se olvidan las infracciones penales, poniendo fin a los procesos comenzados y a las condenas pronunciadas. En sentido histórico, la amnistía fue utilizada inicialmente para obtener la recomposición del tejido social, beneficiando a los delincuentes políticos y a las víctimas de la represión oficial. Sin embargo, la figura evolucionó, siendo luego utilizada como instrumento de impunidad por dictadores, militares y presidentes elegidos democráticamente, en casos de crímenes atroces y violaciones masivas de los derechos humanos, explicitando y convalidando la violación de los derechos de las víctimas.

Más recientemente, la Corte Interamericana ha venido juzgando desde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la decisión política de otorgar amnistías generales en países como Perú, Chile, Brasil y Uruguay, con consecuencias sobre actuales o futuros procesos de transición, como ocurre en Colombia. En este sentido han sido articuladas reglas y estándares sobre los derechos de las víctimas, obligatorios para los Estados parte en la

Convención Americana, los que resultan concurrentes en las dos negociaciones adelantadas en Colombia, la de los paramilitares y la de los guerrilleros.

A continuación se reconstruyen la evolución y los componentes de esa regla, que es un límite a la transición en Colombia, en el sentido de no poderse otorgar amnistías o indultos a paramilitares y guerrilleros, bien de modo explícito o de modo encubierto.

## 2. La regla de proscripción de amnistías del Sistema Interamericano y los procesos de transición

El punto central está en que la Corte Interamericana ha fijado y reiterado la regla jurídica de proscripción de las amnistías en casos de violación de los derechos humanos por parte de servidores públicos, quienes son posteriormente beneficiados por leyes de amnistía, indulto, punto final, caducidad o similares, propiciándose de esta manera procesos masivos de impunidad. En todos estos casos la Corte Interamericana, además de haber declarado la responsabilidad internacional de los Estados parte en la Convención, ha construido un sistema de reglas y estándares relacionados con los derechos de las víctimas que deben ser atendidos en procesos de transición como el que se desarrolla en Colombia. La línea decisional de la Corte se articula con los siguientes pronunciamientos:

El *Caso Barrios Altos contra Perú* es el referente común de la regla y del estándar de proscripción de las amnistías. Los hechos se relacionan con una matanza de personas perpetrada en un barrio de Lima el 3 de noviembre de 1991 por seis hombres pertenecientes al “Grupo Colina”, de las fuerzas armadas peruanas. La cuestión es que la investigación penal no pudo ser realizada, pues el presidente Fujimori expidió las Leyes 26479 y 26492, de amnistía, que ordenaban el archivo de las investigaciones contra militares y policías. Tramitado el caso, la Corte Interamericana declaró la responsabilidad del Estado por violación de los derechos humanos, fijando la histórica regla de descalificación de los procesos de amnistía y similares cuando conducen a impunidad en los siguientes términos:

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

derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.<sup>10</sup>

Frente a la condena, la Comisión Interamericana solicitó a la Corte una interpretación de la sentencia, preguntándole si los efectos de la regla de proscripción de la amnistía eran particulares o generales. La Corte fue tajante:

[...] la promulgación de una ley manifiestamente contraria a las obligaciones asumidas por un Estado parte en la Convención constituye per se una violación de ésta y genera responsabilidad internacional del Estado [y] que, dada la naturaleza de la violación constituida por las leyes de amnistía n.º 26.479 y n.º 26.492, lo resuelto en la sentencia de fondo en el caso Barrios Altos *tiene efectos generales*<sup>11</sup> (Resaltado fuera de texto).

Así, la regla de proscripción tiene efectos generales e involucra todos los casos de juzgamiento interno con leyes de amnistía en Perú, al igual que todos los casos de amnistía en los Estados partes en la Convención Americana.<sup>12</sup>

La regla fue posteriormente reiterada en el *Caso Almonacid Arellano contra Chile*. Los hechos probados señalaron que el señor Luis Alfredo Almonacid Arellano, profesor, miembro del Partido Comunista y dirigente sindical, había sido asesinado el 16 de septiembre de 1973, cinco días después del golpe de Estado de Augusto Pinochet, por la “Fuerza de Carabineros”. La investigación penal fue difícil y dilatada, siendo remitida finalmente a la justicia penal militar, la que el 28 de enero de 1997 decretó un sobreseimiento total, fundado en la amnistía del Decreto 2191 de abril 18 de 1978. Llevado el caso a la Corte Interamericana, esta declaró la responsabilidad del Estado

10 Corte IDH. *Caso Barrios Altos contra Perú*. Sentencia de marzo 14 de 2001, párrafo 41.

11 Corte IDH, *Caso Barrios Altos contra Perú*. Interpretación de la Sentencia de Fondo. Sentencia de 3 de septiembre de 2001, párrafo 18 y punto resolutivo segundo.

12 El asunto de la obligatoriedad y alcance de las reglas y estándares fijados por la Corte Interamericana no es pacífico. Una tesis inicial señalaba que la jurisprudencia interamericana es *obligatoria* para el Estado condenado, mientras que resulta *vinculante* para los demás. Ver Gozaíni, Osvaldo, “El impacto de la jurisprudencia del sistema interamericano en el derecho interno”, en: *El control de convencionalidad*, EDLAR, Buenos Aires, 2008, p.104. No obstante, existe la tendencia a considerarla obligatoria para todos los Estados parte en la Convención. Sobre este asunto resulta conveniente referir la institución del *control de convencionalidad* y sus componentes.

desde la regla del *Caso Barrios Altos*, estableciendo que la existencia de las leyes de amnistía,

[...] constituye *per se* una violación de la Convención y genera responsabilidad internacional del Estado. En consecuencia, dada su naturaleza, el Decreto Ley n.º 2191 carece de efectos jurídicos y no puede seguir representando un obstáculo para la investigación de los hechos que constituyen este caso, ni para la identificación y castigo de los responsables, ni puede tener igual o similar impacto respecto de otros casos de violación de los derechos consagrados en la Convención Americana acontecidos en Chile.<sup>13</sup>

La regla fue nuevamente reiterada con el *Caso La Cantuta contra Perú*. Los hechos, acontecidos el 18 de julio de 1992, estuvieron relacionados con la desaparición y muerte de catorce estudiantes y un profesor de la Universidad Pública de La Cantuta en Lima, por las fuerzas armadas de Fujimori. La Corte consideró que comoquiera que se trataba de crímenes contra la humanidad, la obligación general de investigar, juzgar y sancionar adquiriría “particular intensidad e importancia” por concurrir la vulneración de normas *ius cogens*. Adicionalmente precisó la regla sobre los efectos inmediatos y vinculantes de sus decisiones.

Ahora bien, en atención al problema de las responsabilidades estatales concretas, la Corte diferenció entre *la promulgación y existencia* de las leyes de amnistía y *la aplicación* de dichas leyes, encontrando que ambos eventos generaban la responsabilidad internacional.<sup>14</sup> Agregó que para el caso específico del Perú existían la Ley 27775 que “Regula el procedimiento de ejecución de sentencias emitidas por Tribunales Supranacionales”, el artículo 115 del Código Procesal Constitucional y pronunciamientos del Tribunal Constitucional, concluyendo que

[...] las decisiones de esta Corte tienen efectos inmediatos y vinculantes y que, por ende, la sentencia dictada en el caso Barrios Altos está plenamente incorporada a nivel normativo interno. Si esa Sentencia fue determinante en que lo allí dispuesto tiene efectos generales, esa declaración

13 Corte IDH, *Caso Almonacid Arellano y otros contra Chile*. Sentencia de septiembre 26 de 2006, párrafo 119.

14 Corte IDH. *Caso La Cantuta contra Perú*. Sentencia de noviembre 29 de 2006, párrafo 174.

conforma *ipso iure* parte del derecho interno peruano, lo cual se refleja en las medidas y decisiones de los órganos estatales que han aplicado e interpretado esa Sentencia.<sup>15</sup>

Durante el año 2010 acontecieron dos sucesos relevantes. La Suprema Corte Federal de Brasil, mediante sentencia de 29 de abril de 2010, declaró la constitucionalidad de la Ley 6683 de agosto 28 de 1979, que estableció una amnistía general por los crímenes cometidos entre septiembre 2 de 1961 y agosto 15 de 1979, período de la dictadura militar en ese país. Casi simultáneamente, la Corte Interamericana, en mayo de 2010, celebró la audiencia pública en el *Caso Gomes Lund y otros contra Brasil*, como consecuencia de la demanda propuesta por la Comisión Interamericana por hechos relacionados con

[...] la alegada detención arbitraria, tortura y desaparición forzada de 70 personas, entre miembros del Partido Comunista de Brasil y campesinos de la región, resultado de operaciones del Ejército brasileño entre 1972 y 1975 con el objeto de erradicar a la Guerrilla do Araguaia, en el contexto de la dictadura militar de Brasil. Asimismo, la Comisión afirmó que sometía el caso al conocimiento de la Corte porque, en virtud de la Ley de Amnistía, el Estado no llevó a cabo una investigación penal con el objeto de sancionar a las personas responsables de la desaparición forzada de 70 presuntas víctimas y la ejecución extrajudicial de María Lucía Petit da Silva; porque los recursos judiciales de naturaleza civil con miras a obtener información sobre los hechos no han sido efectivos [...]<sup>16</sup>

y porque subsiste la impunidad por esos crímenes. Adelantado el proceso, la Corte reiteró su regla señalando que

3. Las disposiciones de la Ley de Amnistía brasileña que impiden la investigación y sanción de graves violaciones de los derechos humanos son incompatibles con la Convención Americana, carecen de efectos jurídicos y no pueden seguir representando un obstáculo para la investigación de los hechos en el presente caso, ni para la identificación y el castigo

15 Corte IDH. *Caso La Cantuta contra Perú*. Sentencia de noviembre 29 de 2006, párrafo 186.

16 Corte IDH, Comunicado de prensa de mayo 13 de 2010, CIDH\_CP-08/10 español, en: <http://www.corteidh.or.cr/comunicados.cfm>, visita de agosto 18 de 2010.

de los responsables, ni pueden tener igual o similar impacto respecto de otros casos de graves violaciones de los derechos humanos consagrados en la Convención Americana ocurridos en Brasil.<sup>17</sup>

De esta manera la Corte declaró la responsabilidad intencional del Estado brasileiro por la desaparición forzada de personas, así como por la violación de los derechos al reconocimiento de la personalidad jurídica, a la vida, a la integridad personal, a la libertad personal, a las garantías judiciales, a la protección judicial y a las libertades de pensamiento y de expresión.

La última reiteración de la regla que prohíbe las amnistías, los indultos, las leyes de perdón y similares está contenida en la sentencia de fondo proferida en el *Caso Gelman contra Uruguay*. Los hechos, reconocidos parcialmente por el Estado en su aceptación de responsabilidad, están relacionados con la desaparición y asesinato de los esposos Marcelo Ariel Gelman y María Claudia García Iruretagoyena de Gelman, ocurridos tras su detención en Buenos Aires el 24 de agosto de 1976, a manos de militares argentinos. De acuerdo con la Corte,

[...] los hechos comenzaron a perpetrarse en colaboración con autoridades argentinas en un contexto de práctica sistemática de detenciones arbitrarias, torturas, ejecuciones y desapariciones forzadas perpetradas por las fuerzas de seguridad e inteligencia de la dictadura uruguaya, en el marco de la doctrina de seguridad nacional y de la Operación Cóndor.<sup>18</sup>

El contexto general del asunto se refería al acuerdo hecho por los militares de Chile, Argentina, Uruguay, Paraguay, Bolivia y Brasil alrededor de la “Operación Cóndor”, una política de Estado que operaría en tres áreas: la vigilancia política de disidentes, refugiados o exiliados, la realización de acciones encubiertas de contra-insurgencia y la ejecución de acciones conjuntas de exterminio.

En el caso de Uruguay, y como parte del proceso de restitución del régimen democrático, fue expedida la Ley 15848 del 22 de diciembre de 1996, de impunidad, allí llamada “de caducidad”, que en su artículo 1 establece que “ha caducado el ejercicio de la pretensión punitiva del Estado respecto de

17 Corte IDH, *Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) contra Brasil*, Sentencia de noviembre 24 de 2010, Serie C n.º 219, punto resolutivo n.º 3.

18 Corte IDH, *Caso Gelman contra Uruguay*. Sentencia de febrero 24 de 2011, Serie C n.º 221, párrafo 44.

los delitos cometidos hasta el 1 de marzo de 1985 por funcionarios militares y policiales”. La cuestión es que esta ley había impedido la investigación de los hechos delictivos, el juzgamiento de los responsables y la sanción de los mismos, propiciando, como en todos los casos anteriores, un gran proceso de impunidad. Al respecto el punto resolutive once de la sentencia es muy claro al disponer:

11. El Estado debe garantizar que la Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado, al carecer de efectos por su incompatibilidad con la Convención Americana y la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, en cuanto puede impedir u obstaculizar la investigación y eventual sanción de los responsables de graves violaciones de derechos humanos, no vuelva a representar un obstáculo para la investigación de los hechos materia de autos y para la identificación y, si procede, sanción de los responsables de los mismos, de conformidad con los párrafos 253 y 254 de la Sentencia.<sup>19</sup>

De este modo y a propósito de la impunidad de las violaciones de los derechos humanos, sobrevinida por la expedición de leyes de amnistía e indulto, la Corte Interamericana por medio de sus fallos, edificó un sistema de reglas y estándares de protección de los derechos de las víctimas que deben ser atendidos por los distintos Estados parte en la Convención, tanto en situaciones de normalidad, como durante el desarrollo de procesos de transición, a efectos de evitar la impunidad de los crímenes cometidos.

Siendo esto así, bien cabe preguntarse a continuación por el grado de obligatoriedad que tienen las reglas y estándares de la Corte Interamericana al interior del ordenamiento jurídico de los distintos Estados parte en la Convención.

### **3. La obligatoriedad de las reglas y estándares fijados por tribunales internacionales, al interior de los Estados parte**

Alrededor del asunto de la obligación que tienen los Estados parte en una Convención de asumir y someterse a las reglas y estándares fijados por un tribunal internacional, pueden ser identificadas tres posturas: el modelo del

19 Corte IDH, *Caso Gelman contra Uruguay*, Sentencia de febrero 24 de 2011, Serie C n.º 221, punto resolutive once.

rechazo total de las reglas y los estándares, que materializa la posición adoptada por Venezuela, el modelo que declara obligatorias las reglas dictadas en condenas específicas a un Estado parte y el modelo de la obligatoriedad general de las reglas y estándares a todos los Estados parte en la Convención, independientemente de haber sido condenados o no.

### 3.1. El modelo de rechazo de las reglas y estándares en nombre de la soberanía nacional

La República Bolivariana de Venezuela y su declaratoria de “inejecutabilidad” de los fallos de la Corte Interamericana personifican la posición de quienes, en nombre de la “soberanía nacional”, rechazan las reglas y estándares fijados por las cortes internacionales y los sistemas de protección de los derechos humanos.

El 26 de junio de 2012 la Corte Interamericana profirió sentencia de fondo en el *Caso Díaz Peña contra Venezuela*, declarando la responsabilidad internacional de ese Estado por la violación del derecho a la integridad personal (art. 5.1. de la Convención) y por incurrir en tratos inhumanos y degradantes (art. 5.2 de la Convención), en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento.<sup>20</sup> La reacción del presidente Chávez fue muy similar a la asumida años antes por Fujimori frente a los fallos condenatorios proferidos en contra de Perú, anunciando el retiro de Venezuela de la competencia contenciosa de la Corte y, eventualmente, del Sistema Interamericano.<sup>21</sup>

Este retiro de Venezuela sería simplemente el desenlace final de la posición asumida por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, en la Sentencia 1939 de diciembre 18 de 2008, por la que declaró

[...] *inejecutable* el fallo de la Corte interamericana de derechos humanos, de fecha 5 de agosto de 2008, en la que se ordenó la reincorporación en el cargo de los exmagistrados de la Corte primera de lo Contencioso Administrativo [...]; con fundamento en los artículos 7, 23, 25, 138, 156.32, el capítulo III del Título V de la Constitución de la República

20 Corte IDH, *Caso Díaz Peña contra Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de junio de 2012. Serie C n.º 244, puntos resolutiveos.

21 Periódico *El Mundo*, Madrid, en: <http://www.elmundo.es/america/2012/07/25/venezuela/1343178829.html>, registro de julio 30 de 2012.

y la jurisprudencia parcialmente transcrita de las Salas Constitucional y Político Administrativa (Resaltado del texto).<sup>22</sup>

Adicionalmente exhortó “al Ejecutivo Nacional proceda a denunciar esta Convención, ante la evidente usurpación de funciones en que ha incurrido la Corte Interamericana”.

Este pronunciamiento del Tribunal Supremo de Justicia aconteció como consecuencia del ejercicio de una “acción de interpretación constitucional”, promovida en contra de lo dispuesto en la sentencia de fondo proferida en el *Caso Apitz Barbera y otros* (“*Corte Primera de lo Contencioso Administrativo*”) *contra Venezuela*,<sup>23</sup> que había declarado la responsabilidad internacional de ese país por la violación de los derechos a garantías judiciales (art. 8 de la Convención) y protección judicial (art. 25 de la Convención), de tres magistrados de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo que habían sido destituidos por conceder un amparo que no le gustó al gobierno. Si bien en opinión de Brewer dicha acción no existe en el sistema venezolano, sino que “la propia Sala Constitucional [lo] creó en Venezuela”,<sup>24</sup> lo cierto es que viene siendo ejercida desde la lectura del artículo 335 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, que establece:

Artículo 335. El Tribunal Supremo de Justicia garantizará la supremacía y efectividad de las normas y principios constitucionales; será el máximo y último intérprete de la Constitución y velará por su uniforme interpretación y aplicación. Las interpretaciones que establezca la Sala Constitucional sobre el contenido o alcance de las normas y principios constitucionales son vinculantes para las otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia y demás tribunales de la República.

22 Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela. Sala Constitucional. Sentencia n.º 1939 de diciembre 18 de 2008. *Caso Abogados Gustavo Álvarez Arias y otros*, en: Brewer, Allan, “La interrelación entre los tribunales constitucionales de América Latina y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y la cuestión de la inejecutabilidad de sus decisiones en Venezuela”, en: *Gaceta Constitucional. Análisis multidisciplinario de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Editorial Gaceta Jurídica, Tomo 16, año 2009, Lima, p. 46.

23 Corte IDH, *Caso Apitz Barbera y otros* (“*Corte Primera de lo Contencioso Administrativo*”) *contra Venezuela*. Sentencia de agosto 5 de 2008, Serie C n.º 182, puntos resolutivos n.º 3, 5, 7, 8 y 9.

24 Brewer, Allan, “La interrelación entre los tribunales constitucionales de América Latina y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y la cuestión de la inejecutabilidad de sus decisiones en Venezuela”, en: *Gaceta Constitucional. Análisis multidisciplinario de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Editorial Gaceta Jurídica, Tomo 16, Año 2009, Lima, p. 43.

Finalmente, debe referirse que la decisión del Tribunal Supremo que declaró la “inejecutabilidad del fallo”, estuvo fundada en un precedente de la justicia penal militar peruana de la época de Fujimori, en la soberanía nacional de Venezuela, en la supremacía de la Constitución y en la cosa juzgada.

### 3.2. El modelo de asunción parcial de la decisión

Gozáini hace un balance de esta postura, en momentos en los que la irrupción de la jurisprudencia interamericana sucedía como un acontecimiento que tan solo vinculaba a los Estados condenados, sin que se explicitara el valor vinculante de las interpretaciones del Tribunal a los demás Estados parte.<sup>25</sup>

El hecho central consiste en que las instituciones del Sistema Interamericano, es decir, la Comisión Interamericana y de la Corte Interamericana, promueven y producen una serie de actuaciones procesales y decisiones judiciales que trae consecuencias tanto para los Estados investigados o juzgados, como para los demás Estados parte en la Convención. El punto difícil que debe ser respondido es el relacionado con la determinación de los niveles de obligatoriedad de las decisiones que toman esos órganos del Sistema Interamericano en el cumplimiento de las funciones fijadas por la Convención. Dentro de esa perspectiva, el autor se formuló la pregunta de ¿cuál es la obligatoriedad en el derecho interno de los distintos Estados parte, de las decisiones y documentos (recomendaciones, opiniones consultivas y sentencias) producidos por los órganos del Sistema Interamericano (Comisión Interamericana y Corte Interamericana) en el cumplimiento de sus funciones convencionales? Las respuestas a la pregunta fueron dadas en los tres niveles de los documentos referidos.

La emisión de *recomendaciones* está prevista como una de las funciones de la Comisión Interamericana en el literal b) del artículo 41 de la Convención, que señala como atribución de la misma, “formular recomendaciones, cuando lo estime conveniente, a los gobiernos de los Estados miembros para que adopten medidas progresivas en favor de los derechos humanos dentro del marco de sus leyes internas y sus preceptos constitucionales, al igual que disposiciones apropiadas para fomentar el debido respeto a esos derechos”.

Lo primero que hay que señalar es que las recomendaciones son emitidas a propósito de las denuncias hechas en contra de los Estados por

25 Gozáini, Osvaldo, *op. cit.*, p. 130.

la violación de los derechos humanos causadas por estos. Dentro de tal perspectiva, las recomendaciones aparecen como elementos conminatorios y de corrección para los Estados, en las que la Comisión les indica el tipo de modificaciones que deben introducir a sus prácticas o al estado de cosas existente, bajo el riesgo de ser llevado el caso mediante demanda a la Corte Interamericana. Por lo mismo, “las recomendaciones no son de cumplimiento obligatorio, es una potestad del Estado advertido, a sabiendas que de mantener la situación podrá ser denunciado ante la Corte Interamericana”.<sup>26</sup>

Las *opiniones consultivas* son un tipo de documentos que profiere la Corte Interamericana en ejercicio de la competencia consultiva que le es propia. Esta competencia está prevista en el artículo 64.1 de la Convención y, de acuerdo con esta, “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 términos generales, el objeto de la competencia consultiva es el de interpretar en abstracto la Convención Americana y sus tratados concurrentes en materias relacionadas con la protección de los derechos humanos en la región.<sup>27</sup> Para 2012 la Corte Interamericana había proferido veinte opiniones consultivas y en la primera de ellas puntualizó la finalidad de las mismas:

25. La función consultiva de la Corte no puede desvincularse de los propósitos de la Convención. Dicha función tiene por finalidad coadyuvar al cumplimiento de las obligaciones internacionales de los Estados americanos en lo que concierne a la protección de los derechos humanos, así como al cumplimiento de las funciones que en este ámbito tienen atribuidas los distintos órganos de la OEA. Es obvio que toda solicitud de opinión consultiva que se aparte de ese fin debilitaría el sistema de la Convención y desnaturalizaría la competencia consultiva de la Corte.<sup>28</sup>

En tanto ejercicio de función consultiva, la obligatoriedad de sus enunciados y reglas es bastante discutida. No obstante, crece cada vez más

26 Gozaíni, Osvaldo, “El impacto de la jurisprudencia del sistema interamericano en el derecho interno” en: *El control de convencionalidad*. Ediar, Buenos Aires, 2008, p. 110.

27 Rey, Ernesto, *Control de convencionalidad de las leyes y derechos humanos*, Porrúa, Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, México, 2008, p. 33.

28 Corte IDH, “Otros Tratados” Objeto de la Función Consultiva de la Corte (art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-1/82 del 24 de septiembre de 1982. Serie A n.º 1.

la tesis de la obligación que tienen los Estados de seguir las reglas contenidas en esa clase de documentos. Dentro de esta línea se encuentra Gozáini, quien de manera puntual señala que “Nosotros creemos que esta interpretación es de seguimiento obligatorio, pues es una forma de jurisdicción aunque técnicamente no lo parezca”<sup>29</sup>. Por lo demás esta solución se encuadra dentro de la tendencia actual de darle valor normativo a las interpretaciones, sean estas judiciales o no.

Finalmente están las *sentencias* o fallos proferidos por los tribunales internacionales y, para el caso, por la Corte Interamericana. Allí la que se ejerce es la competencia contenciosa, fijada en el numeral 3 del artículo 62 de la Convención, según el cual “La Corte tiene competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de esta Convención que le sea sometido, siempre que los Estados partes en el caso hayan reconocido o reconozcan dicha competencia, ora por declaración especial, como se indica en los incisos anteriores, ora por convención especial.” El asunto allí disputado es el mismo: ¿Cuál es la fuerza vinculante de las reglas y estándares contenidos en los fallos emitidos por la Corte en ejercicio de la competencia contenciosa?, o lo que es lo mismo ¿las reglas y estándares fijados por la Corte Interamericana obligan a todos los Estados parte en la Convención o solo al Estado que salió derrotado dentro del proceso? La tesis del autor acerca de este punto es persuasiva, aunque parcialmente correcta. El argumento lo desarrolla de modo literal así:

Cuando el tribunal supranacional resuelve un caso concreto, por ejemplo, sobre prescripción de los delitos de lesa humanidad, tenemos por cierto que esa jurisprudencia es vinculante pero no obligatoria para situaciones locales similares.

Vinculante porque el Estado argentino ha aceptado la jurisdicción transnacional, pero no es obligatoria porque no se trata de un caso donde nuestro país esté directamente afectado. En consecuencia, la orientación del pronunciamiento es una guía o pauta.<sup>30</sup>

Como puede observarse, hay aquí una especie de mediación entre la posición decimonónica del Estado westfaliano y la de los defensores de la prevalencia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y la lucha

29 Gozáini, Osvaldo, *op. cit.*, p. 112.

30 *Ibid.*, p. 104.

contra la impunidad, con fuerte presencia de aquella, al asumir que las reglas y estándares son optativos y no obligatorios para la defensa de los derechos humanos. A continuación se expondrá la tesis de la Corte Interamericana, que predica la obligatoriedad de las reglas y los estándares, vertidos en interpretaciones judiciales, aun sin ser el Estado condenado por el Tribunal.

### 3.3. La obligatoriedad total de las reglas y estándares de la Corte Interamericana

La tesis actual de la Corte Interamericana apunta a la obligación que tienen los Estados de seguir las reglas y estándares fijados en sus sentencias. Más aún, la Corte va más allá, pues en últimas señala que, además de las decisiones que se contienen en sus fallos, son obligatorias también las interpretaciones que la Corte hace alrededor de la Convención Americana y los tratados concurrentes con ella.

Esta es la postura de lo que hoy se denomina *el control de convencionalidad*. De acuerdo con esta, los Estados partes en la Convención tienen tres niveles de obligaciones expresas: están obligados a cumplir la Convención Americana sobre Derechos Humanos y sus tratados concurrentes (i), a cumplir el contenido de las declaraciones y disposiciones dispuestas por la Corte Interamericana en sus sentencias, en caso de ser declarados internacionalmente responsables por la violación de los derechos humanos en los casos concretos (ii) y a acatar las interpretaciones que en materia de derechos efectúa la Corte Interamericana (iii). Esta posición fue recientemente refrendada en la sentencia de fondo proferida en el *Caso Atala Rizzo y niñas contra Chile*:

282. Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer *ex officio* un “control de convencionalidad” entre las normas internas y la Convención Americana, 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 deben 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.

[...]

284. En conclusión, con base en el control de convencionalidad, es necesario que las interpretaciones judiciales y administrativas y las garantías judiciales se apliquen adecuándose a los principios establecidos en la jurisprudencia de este Tribunal en el presente caso. Ello es de particular

relevancia en relación con lo señalado en el presente caso respecto a la proscripción de la discriminación por la orientación sexual de la persona de acuerdo a lo estipulado en el artículo 1.1. de la Convención Americana (*supra* apartado C.2).<sup>31</sup>

Esta tesis de la obligatoriedad general de las reglas, estándares e interpretaciones fijadas por el Tribunal no operaba en los inicios de la Corte, sino que es una tesis construida alrededor de la impunidad por violación de los derechos de las víctimas y, en general, de los derechos humanos, sobrevinida como consecuencia de la expedición de leyes de amnistía, indulto, perdón, caducidad o similares. El punto de inflexión al respecto está contenido en las sentencias de fondo y de interpretación, proferidas en el *Caso Barrios Altos contra Perú*, que ya fueron referidas en la segunda sección de este escrito.

Como se recordará, en la sentencia de fondo se dijo que las leyes de amnistía son incompatibles con la Convención Americana y que, por lo mismo, carecen de efectos jurídicos. Ahora bien, el punto crucial allí fue determinar el alcance de esa regla, a fin de establecer si obligaba a todos los Estados parte en la Convención, o únicamente a Perú. Para dilucidar el asunto, la Comisión Interamericana propuso ante la Corte una demanda de interpretación, en la que solicitó de manera específica que la Corte precisara si los efectos del punto resolutivo 4 de la sentencia del 14 de marzo de 2001 se aplican solo para ese caso o también de manera genérica para todos los casos de impunidad por la violación de derechos humanos, derivada de leyes de indulto o amnistía. La pregunta específica fue:

¿Tiene la Sentencia en el caso Barrios Altos, con referencia a la incompatibilidad de las leyes n.º 26479 y 26492 con la Convención Americana, alcance general o se limita solamente al caso indicado?

La regla de la decisión es contundente y fue fijada por la Corte en el párrafo 18 de la sentencia:

La promulgación de una ley manifiestamente contraria a las obligaciones asumidas por un Estado Parte en la Convención constituye *per se* una violación de ésta y genera responsabilidad internacional del Estado. En consecuencia, la Corte considera que, dada la naturaleza de la violación constituida por las leyes de amnistía n.º 26479 y n.º 26492, lo resuelto en la sentencia de fondo en el caso Barrios Altos tiene efectos generales,

31 Corte IDH, *Caso Atala Riffo y niñas contra Chile*, Sentencia de febrero 24 de 2012, Serie C n.º 239, párrafos 282 y 284.

y en esos términos debe ser resuelto el interrogante formulado en la demanda de interpretación presentada por la Comisión.<sup>32</sup>

Obsérvese que aquí hay es la fijación de *efectos generales* del punto resolutive dispuesto en una sentencia en contra de Perú, un Estado específico. Ahora bien, los efectos generales del fallo han tenido dos escenarios de despliegue, el interno y el externo. En el escenario interno, el fallo y su sentencia interpretativa trajeron como consecuencia la iniciación de procesos penales en contra de los asesinos que conformaban el Grupo Colina, la DINCOTE, y en general, contra los asesinos del Ejército, la Policía y las otras fuerzas de seguridad promovidas por Fujimori, habiéndose logrado algunas condenas. En el escenario internacional los *efectos generales* de la decisión, junto al sistema de precedente, han permitido que la regla de proscripción de amnistías sea obligatoria en todo el continente, como lo evidencia la reconstrucción hecha en la sección anterior. Más aún, la regla es tan clara y el estándar tan obligatorio, que con ocasión de la negociación con los paramilitares en Colombia sucedieron dos hechos significativos: Que todos los esfuerzos normativos y judiciales articulados alrededor de la Ley 975 de 2005, *de justicia y paz*, han estado encaminados a someter la negociación a los estándares internacionales,<sup>33</sup> y que la propia Corte Interamericana le reiteró al Estado colombiano la obligatoriedad de esos estándares, a la vez que se los enumeró y le puntualizó su contenido.<sup>34</sup>

A continuación se verá la manera como esas reglas y estándares han sido incorporados dentro de los procesos de negociación que se adelantan en Colombia con los paramilitares inicialmente, y más recientemente, con los guerrilleros.

#### 4. La negociación con los paramilitares en Colombia y la dimensión jurídica de la justicia transicional

Los anteriores temas del componente jurídico de la justicia transicional, los derechos de las víctimas y las reglas de proscripción de las amnistías fijadas

32 Corte IDH, *Caso Barrios Altos contra Perú*, Interpretación de la sentencia de fondo septiembre 3 de 2001, Serie C n.º 83, párrafo 18.

33 Alrededor de la tesis de la impunidad en Colombia mediante el “respeto” de los estándares internacionales ver: Quinche, Manuel, *Los estándares de la Corte Interamericana y la ley de justicia y paz*, Universidad de Buenos Aires, Universidad del Rosario, Bogotá, 2009.

34 Corte IDH, *Caso de la Masacre de la Rochela contra Colombia*, Sentencia de mayo 11 de 2007, Serie C n.º 163.

por la Corte Interamericana vienen teniendo en Colombia un despliegue que permite evaluar la tensión existente entre tres elementos:

- Los derechos de las víctimas a justicia, verdad, reparación y garantías de no repetición, vertidos en las reglas y estándares de la Corte Interamericana.
- La obligación de los jueces colombianos de ejercer control constitucional tanto al nivel de las leyes (la Ley de “justicia y paz”, las leyes posteriores y los decretos presidenciales que “reglamentan” todas estas leyes), como al nivel de los juzgamientos de los victimarios.
- Las decisiones políticas tomadas por el gobierno colombiano, tanto durante la presidencia de Álvaro Uribe, como en la de Juan Manuel Santos, relacionadas con hacer una transición en medio del conflicto, con un modelo preferentemente judicial de baja intensidad, bajo el riesgo de una amnistía encubierta (Comisión Colombiana de Juristas 2010).

A continuación se reconstruyen los elementos y las dinámicas políticas y jurídicas del intento de transición, tanto con paramilitares como con guerrilleros, en la perspectiva de la obligatoriedad de las reglas y estándares de la Corte Interamericana.

#### **4.1. Los componentes estructurales de la negociación con los paramilitares y su extensión a otros grupos armados**

El ex presidente Uribe inició lo que planteó como un proceso de transición en medio del conflicto. Según la información oficial,<sup>35</sup> durante 2002 se adelantaron conversaciones con los paramilitares, que se materializaron el 29 de noviembre de 2002, cuando las Autodefensas Unidas de Colombia (AUC) declararon un cese de hostilidades nacional, dando paso a los diálogos, contenidos en el *Acuerdo de Santa Fe Ralito para contribuir a la paz de Colombia*, suscrito el 15 de julio de 2003. Así se dio lugar a la negociación formal, acordando “desmovilizar la totalidad de sus miembros” antes del 31 de diciembre

---

35 Oficina del Alto Comisionado para la Paz, *Proceso de paz con las Autodefensas*, en: [http://www.altocomisionadopalapaz.gov.co/web/g\\_autofensa/dialogos.htm](http://www.altocomisionadopalapaz.gov.co/web/g_autofensa/dialogos.htm), visita de marzo 12 de 2009.

de 2005, dentro de un proceso gradual, que comenzó en Medellín el 25 de noviembre de 2003.

Las desmovilizaciones colectivas con entrega de armas se iniciaron el 25 de noviembre de 2004 en Turbo, Antioquia, y se extendieron hasta el 15 de agosto de 2006, con un balance de 31.671 paramilitares desmovilizados y 18.051 armas entregadas durante 38 actos de desmovilización. Adicionalmente, y al lado de las desmovilizaciones colectivas, el gobierno promovió actos de desmovilización individual<sup>36</sup> que alcanzaron 17.696 desmovilizados.

La negociación fue desarrollada desde leyes expedidas por el ex presidente Andrés Pastrana (1998-2002), inicialmente destinadas a los guerrilleros, pero adaptadas por Uribe a los paramilitares. El gobierno de Uribe presentó esos hechos como el desarrollo de un proceso de transición que privilegia el componente judicial, asimilándolo a un gran juicio, en el que de un lado están los grupos armados y el gobierno y, del otro, sus víctimas. El diseño tiene dos momentos principales, la *desmovilización* y la *judicialización*.

El proceso de *desmovilización* fue caracterizado como la cesación de los ataques y la dejación de las armas por los paramilitares. Este primer momento fue regido por la Ley 782 de 2002 y por el Decreto 128 de 2003. Estas normas permitieron a la mayoría de los victimarios acceder a beneficios económicos, judiciales y de seguridad social, mediante un simple trámite administrativo, sin investigación judicial, con beneficios parecidos a los de las amnistías. La desmovilización fue pensada y diseñada para todos los paramilitares, pero no todos fueron presentados ante los jueces, pues tan solo serían judicializados unos pocos, aquellos que hubieren cometido crímenes de lesa humanidad que estuvieran siendo investigados o que hubieren sido condenados judicialmente, quienes quedarían cobijados por la Ley 975 de 2005.

El segundo momento es el de la *judicialización* y consiste en el sometimiento de los victimarios ante los jueces. Este proceso está regido por la Ley 975 de 2005 y cubre aproximadamente al 13% de los sujetos desmovilizados. Estos perpetradores vienen siendo condenados a penas reales muy pequeñas, bajo la modalidad de “pena alternativa”, con sanciones que van de cinco a ocho años de prisión por masacres y crímenes de lesa humanidad. Además, esa ley excluyó toda forma de responsabilidad del Estado por las atrocidades cometidas, lo que contrasta tanto con las sentencias de la Corte Interamericana, donde la responsabilidad del Estado y la participación del

36 Presidencia de la República, Oficina de Comunicaciones, *Desmovilización*, en: [http://www.presidencia.gov.co/resultados/espnd/05\\_desmovilizados/](http://www.presidencia.gov.co/resultados/espnd/05_desmovilizados/), visita de marzo 12 de 2009.

Ejército han sido demostradas, así como con fallos de la justicia ordinaria colombiana, que ha declarado la responsabilidad penal de numerosos miembros del Ejército por la muerte de civiles presentados inicialmente como guerrilleros “muertos en combate”.

#### **4.2. La desmovilización. La transformación de leyes para delincuentes políticos en leyes para paramilitares y sus decretos reglamentarios**

La cuestión central es que la desmovilización de los paramilitares y posteriormente la de algunos guerrilleros se ha desarrollado tanto durante la administración Uribe como en la administración Santos, por dos caminos, uno fijado por las *leyes* y otro articulado por medio de decretos presidenciales, más propiamente, por medio de *decretos reglamentarios*.

El primer camino fue dispuesto mediante las Leyes 418 de 1997, 782 de 2002 y 975 de 2005 (“de justicia y paz”), destinadas a los cabecillas y a quienes hubiesen cometido crímenes atroces, quienes serían sometidos a los jueces y tendrían penas de cinco a ocho años, así como la Ley 1312 de 2009, que pretendía otorgar el principio de oportunidad a testaferros y paramilitares sin judicialización efectiva, algunos de cuyos beneficios fueron declarados inexecutable por la Corte Constitucional.<sup>37</sup> El segundo camino fue articulado por medio de decretos reglamentarios, en especial el 128 de 2003, el 1059 de 2008, el 1290 de 2008 y el 614 de 2009, destinados para “la tropa”, que implican la concesión de beneficios similares a los de las amnistías, sin judicialización, los que adicionalmente fueron extendidos a desmovilizados individuales (en principio la desmovilización fue planteada por bloques) y a guerrilleros.

Bajo la administración Santos se ha venido trabajando en el relanzamiento o la recomposición de la totalidad del proceso, apelando nuevamente al marco teórico de la justicia transicional, mediante dos mecanismos normativos: el primero de ellos consiste en la expedición de reformas constitucionales, materializadas por el momento en el Acto Legislativo 1 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*, genéricamente designado como “Marco jurídico para la paz”, y el segundo, que ha consistido en la expedición de numerosas leyes, siendo las principales la Ley 1421 de

37 Sentencia C-936 de 2010 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

2010, que prorrogó la vigencia de la “ley de orden público”; la Ley 1424 de 2010, que permitió evitar la judicialización eficaz de 20.000 desmovilizados y la Ley 1448 de 2011, que es la ley de víctimas y restitución de tierras, uno de los ejes centrales de toda la estrategia encaminada a la realización de la transición.

Más aún, el escenario problemático de la negociación con los paramilitares ha incluido un nuevo elemento, relacionado con las condenas que vienen siendo proferidas en contra de militares por diversos crímenes graves, entre ellos los llamados “falsos positivos”,<sup>38</sup> con casos tan notorios como el del coronel Luis Fernando Borja Giraldo, ex comandante de la Fuerza de Tarea Conjunta de Sucre, inicialmente condenado a 42 años de prisión, quien “confesó que se trató de homicidios premeditados y relacionó nombres de oficiales, suboficiales y soldados que intervinieron tanto en ese como en otros hechos perpetrados por la misma unidad castrense, cuya posible responsabilidad en no menos de 50 homicidios es investigada por fiscales de Derechos Humanos y DIH”.<sup>39</sup> Dentro de esta línea, creció la idea de adelantar una reforma constitucional sobre el fuero militar, al final materializada en el Acto Legislativo 2 de 2012, que ha sido criticada porque eventualmente, propiciaría impunidad en violaciones graves del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.<sup>40</sup>

#### 4.2.1. El nivel legal. La judicialización de baja intensidad

Como fue mencionado, durante la administración Uribe fue transformada una ley pensada para un proceso de paz con delincuentes políticos, hasta

38 Se llama “falsos positivos” a actuaciones del Ejército colombiano por las que se asesinan jóvenes que luego son vestidos como guerrilleros y reportados como “muertos en combate”. La Fiscalía General de la Nación ha dictado numerosas órdenes de captura por estos hechos y los jueces penales han comenzado a proferir condenas por esos asesinatos. Algunos sectores se han manifestado en contra de esos juzgamientos, indicando que afectan “la moral” de la tropa y les impide cumplir con entusiasmo “su trabajo”.

39 “Condenado a 42 años de cárcel coronel del Ejército por falso positivo”, en: <http://m.eltiempo.com/justicia-nuevas-condenas-por-falsos-positivos/9890084>, visita de septiembre 16 de 2011.

40 Considerar las infracciones graves del Derecho Internacional de los Derechos Humanos como un “actos del servicio” de competencia de la justicia penal militar es violatorio de los artículos 8 (garantías judiciales) y 25 (protección judicial) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Entre muchas referencias puede ser examinada: Corte IDH, *Caso Cabrera García y Montiel Flores contra México*, Sentencia de agosto 31 de 2010, Serie C n.º 216.

convertirla en instrumento de negociación con delincuentes comunes y atroces, los paramilitares, adjudicándoles beneficios históricamente diseñados para delincuentes políticos.

La primera norma fue la Ley 418 de 1997 *Por la cual se consagran unos instrumentos para la búsqueda de la convivencia, la eficacia de la justicia y se dictan otras disposiciones*, dictada durante la presidencia de Andrés Pastrana en la negociación con los guerrilleros. Su destinatario eran las organizaciones armadas a las cuales el gobierno les reconozca *carácter político* para su desmovilización. La ley fue dividida en dos partes. La primera parte dispuso instrumentos para la búsqueda de la convivencia, así implementó medidas que la administración Uribe aplicó después a los paramilitares, tales como los diálogos, la suspensión de las órdenes de captura y la determinación de zonas de ubicación, fijando la dirección del proceso en el Presidente. La ley fijó las reglas para la concesión de indultos y amnistías, indicando tres elementos para verificar la pertenencia al grupo: el reconocimiento del representante del grupo armado, la prueba aportada por el solicitante y la información de las entidades estatales. La segunda parte se ocupó de aspectos procedimentales, de los intervinientes dentro del proceso penal y del programa para la protección de testigos y víctimas, finalizando con las fuentes de financiación del proceso y una vigencia de dos años.

La segunda fue la Ley 782 de 2002 *Por medio de la cual se prorroga la vigencia de la ley 418 de 1997*. Esta norma fue expedida bajo la primera administración Uribe, prorrogando la vigencia de 81 artículos de la Ley 418 de 1997 y modificando aproximadamente 40. Los destinatarios ya no fueron los delincuentes políticos, sino los paramilitares como “grupos armados organizados al margen de la ley”. De esta manera y bajo la excusa de la “reconciliación entre los colombianos y la convivencia pacífica”, se ajustaron los conceptos de la ley inicial, dando paso a los diálogos, la suspensión de órdenes de captura y la ubicación temporal en zonas especiales de los paramilitares. La norma declaró la existencia del conflicto armado interno en Colombia y desarrolla los elementos de la negociación bajo la excusa de la paz. Entre los artículos 19 y 25 reguló lo relacionado con la concesión de indultos y amnistías, camufladas como concesión de inhibitorios, preclusiones o ceses de procedimiento a delincuentes atroces, con un procedimiento luego perfeccionado por el Decreto 128 de 2003.

Finalmente se tuvo a Ley 975 de 2005 de “justicia y paz” *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*. El texto consta de 71

artículos divididos en doce capítulos, con favorecimiento de los paramilitares. Dicha ley establece débilmente los derechos de las víctimas, sugiriendo su “promoción”, pero no su realización. En lo procesal fue establecido un procedimiento oral, que tiene como fundamento la “versión” del victimario (no la investigación de la Fiscalía) en cuyo desarrollo fue excluida la participación de las víctimas. La norma establece un sistema de premios a los victimarios, que llega a su máximo con la “pena alternativa”, que permitirá sanciones de entre cinco y ocho años para los autores de crímenes atroces, lo que es desproporcionadamente bajo, excluyéndose además toda forma de responsabilidad del Estado o del Ejército por la atrocidad.

Esta ley, contentiva de numerosos defectos y contradicciones, intentó ser ajustada por la Corte Constitucional, para salvar el proceso, a las reglas y estándares fijados por la Corte Interamericana, lo que contrastó con la intención del presidente de entonces, encaminada a tramitar proyectos de ley que darían beneficios judiciales aún a quienes siguieron delinquirando después de julio de 2005,<sup>41</sup> todo ello avalado por el Alto Comisionado de Paz, quien señalaba que “a propósito de los 19.000 desmovilizados de las AUC, cuya situación aún no ha sido establecida, que el Gobierno insistirá en que se les aplique el principio de oportunidad,<sup>42</sup> para que puedan ser beneficiados con la Ley de Justicia y Paz”.<sup>43</sup>

Ese camino de concesiones excesivas quiso ser al final instrumentado mediante la expedición de la Ley 1312 de 2009 *Por medio de la cual se reforma la ley 906 de 2004, en lo relacionado con el principio de oportunidad*, la que fue declarada parcialmente inexecutable por la Corte Constitucional, al considerar que extendía el principio de oportunidad, de modo tal que propiciaba la impunidad de numerosos crímenes. Además, la Corte estableció que el enunciado respectivo vulneraba el orden justo, los derechos de las víctimas, y desconocía el deber del Estado de investigar y juzgar las graves violaciones de los derechos humanos y el Derecho Internacional Humanitario.<sup>44</sup>

Más recientemente y bajo la administración de Juan Manuel Santos, los esfuerzos gubernamentales han estado dirigidos a reconducir la negociación,

41 *Ampliarán Justicia y paz para desmovilizaciones posteriores a 2005*, en: <http://www.elspectador.com/articulo123472> de marzo 3 de 2009.

42 El principio de “oportunidad” es una figura judicial que le permite a los fiscales en Colombia desistir de la persecución penal de algunos delitos.

43 *Expiden decreto para otorgar libertad a guerrilleros que se desmovilicen y entreguen secuestrados*, en: <http://www.eltiempo.com/colombia/política> de marzo 4 de 2009.

44 Sentencia C-936 de 2010 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

focalizando el esfuerzo del gobierno alrededor de cuatro puntos básicos: la definición de la situación jurídica de los casi 20.000 desmovilizados, inicialmente dispuesta bajo la cuerda administrativa del Decreto reglamentario 128 de 2003, que al final quedó resuelta mediante la Ley 1424 de 2010, que evitó la judicialización de los mismos; la efectivización del derecho a la reparación de las víctimas, involucrando la restitución de las tierras despojadas a los campesinos por los paramilitares y los civiles favorecedores de los mismos, para lo que fue expedida la Ley 1448 de 2011; la agilización de los procesos judiciales adelantados bajo la Ley 975 de 2005, con obtención de sentencias para los postulados, para lo cual se adelantó una reforma a la ley de justicia y paz, y la fijación de instrumentos jurídicos que permitan la postulación y juicio de guerrilleros desmovilizados individualmente, así como la de aquellos que, pudiendo ser candidatos a justicia y paz, hayan cometido conductas delictivas fuera de los plazos establecidos en aquella ley.

#### 4.2.2. El nivel reglamentario. Los decretos presidenciales

Un problema estructural del sistema jurídico de los países andinos está en los decretos presidenciales, que actúan como verdaderas leyes, con controles de bajísima calidad, en el caso colombiano, asignado al Consejo de Estado. En Colombia esto ha conducido a que los decretos presidenciales direccionen unilateralmente la negociación paramilitar, afectando los derechos de las víctimas y los estándares internacionales. Entre los proferidos con ocasión de la negociación con los paramilitares se tiene:

El Decreto 128 de 2003 *Por el cual se reglamenta la Ley 418 de 1997, prorrogada y modificada por la Ley 548 de 1999 y la Ley 782 de 2002 en materia de reincorporación a la sociedad civil* es la norma “reglamentaria” más importante, ya que por cuenta de ella fue realizada la desmovilización de casi todos los paramilitares, quienes permanecieron en indefinición jurídica hasta el año 2010, pues la Corte Suprema de Justicia le negó al paramilitarismo la calidad de delito político como lo deseaba el presidente Uribe. Realmente se trata de una verdadera ley, camuflada en un decreto, para eludir el control de la Corte Constitucional, que gira alrededor de una institución: el Comité Operativo para la Dejación de las Armas (CODA) y de una “certificación”, que “permite el ingreso del desmovilizado al proceso de reincorporación y el otorgamiento a su favor, de los beneficios jurídicos y socioeconómicos de que hablan la ley y este decreto”. Dos son los temas centrales allí: el proceso de desmovilización y la concesión de beneficios a los desmovilizados. Este decreto es el fundamento de la negociación y de la judicialización, pues

permite que la “tropa”, la casi totalidad de los victimarios, no sea sometida a los jueces, autorizando que mediante simples procedimientos administrativos se otorguen beneficios, similares a los de las amnistías.

Un segundo decreto, el 1059 de 2008, es determinante en el acomodo de las leyes y le permite al Presidente promover desmovilizaciones individuales, impidiendo la desarticulación de las estructuras paramilitares, desestimulando la desmovilización grupal, y abriendo el camino para que quienes hayan seguido delinquiendo después de la Ley 975 de 2005 obtengan beneficios judiciales. Este decreto permite incluir como beneficiarios de justicia y paz a guerrilleros condenados, aunque hayan cometido delitos atroces, fijando un procedimiento que incluye al Ministerio del Interior, al CODA y al Ministerio de Defensa. El artículo 9 prevé que el CODA remitirá las certificaciones “para el trámite de los beneficios a que haya lugar”, es decir, para la concesión del indulto (si el desmovilizado va por Ley 782 de 2002) o pena alternativa (si el desmovilizado va por Ley 975 de 2005). El punto es que el decreto es solamente una excusa para que el Presidente conceda beneficios individuales, en un sistema de premios personales.

Finalmente, se tiene el Decreto presidencial 1290 de 2008 *Por el cual se crea el programa de reparación individual por vía administrativa para las víctimas de los grupos armados organizados al margen de la ley*, que es una de las normas más importantes del proceso. Prevé en 37 artículos una reparación baja a las víctimas de los paramilitares, muy inferior al estándar internacional. El supuesto es la obligación apenas residual del Estado de concurrir a la reparación. La norma repite retóricamente los derechos de las víctimas derivados del sistema internacional (indemnización, restitución, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición), fijando un trámite ante el “Comité de Reparaciones”, disponiendo los recursos y el “pago”, en una institución llamada Acción Social de la Presidencia de la República, la misma que ha eludido la asistencia a los desplazados internos en Colombia. De acuerdo con las observaciones del Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), contiene las siguientes debilidades manifiestas:<sup>45</sup> El programa de reparación cobija a víctimas de paramilitares y guerrilleros, pero excluye a víctimas de crímenes de Estado; el decreto dice basarse en el principio de solidaridad, pero excluye la responsabilidad directa del Estado sobre los daños causados; el programa no diferencia entre la reparación social y la humanitaria, con

---

45 Programa de las Naciones Unidas para el desarrollo, *Hechos del Callejón*, año 4, Bogotá, abril de 2008.

ausencia de justicia; el monto de las indemnizaciones es irrisorio y estas se alejan de los estándares internacionales.

### **4.3. Lo judicial. Las decisiones de los jueces y el componente jurídico de la justicia transicional en la negociación paramilitar**

Se evalúa a continuación el desempeño del plexo de derechos del componente jurídico de la justicia transicional en la negociación paramilitar, tomando como fecha de corte parcial el año 2010, cuando Álvaro Uribe entrega la Presidencia de la República a Juan Manuel Santos. Para ello se determinan los componentes centrales del sistema de estándares y reglas concurrentes en el plano interno y en el derivado del Sistema Interamericano, para desde ahí hacer un recuento de lo logrado y señalar unas observaciones alrededor de la negociación paramilitar.

#### **4.3.1. Lo judicial en la Corte Constitucional**

En el ejercicio del control judicial, la Corte Constitucional hizo dos contribuciones determinantes en la negociación. De un lado, intentó salvar el proceso, aminorando los márgenes de impunidad, asegurando en la mayor medida los derechos de las víctimas y ajustando el proceso a los estándares y reglas internacionales, a efectos de prevenir en el futuro la intervención de órganos y cortes internacionales. De otro lado, introdujo esas reglas y estándares internacionales, especialmente los provenientes del Sistema Interamericano de Protección, como elementos específicos del control constitucional de la negociación y de sus normas.

La inserción de las reglas y estándares del Sistema Interamericano ha operado en Colombia, principalmente mediante fallos judiciales, hasta convertirse en reglas de control constitucional. Ese proceso de inclusión tiene dos momentos principales: la Sentencia C-228 de 2002, cuyo tema central es la participación de la víctima dentro del proceso penal y la Sentencia C-370 de 2006 y otros fallos posteriores, que efectuaron el control sobre la Ley 975 de 2005, que fue el marco jurídico inicial de la transición en Colombia. En ambos casos fueron asumidos los estándares de protección fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos para los años 2002 y 2006, respectivamente.

En el caso de la Sentencia C-228 de 2002, la Corte entró a resolver problemas relacionados con el acceso de las víctimas (directamente o por

medio de apoderado) al proceso penal, así como el contenido y alcance de sus derechos y reclamaciones dentro del proceso. Como tesis central la Corte sostuvo que “Existe una tendencia mundial [...] según la cual la víctima o perjudicado no solo tiene derecho a la reparación económica, sino que además, tiene derecho a que se establezca la verdad y a que se haga justicia”,<sup>46</sup> agregando que aparte del interés pecuniario, las víctimas “pueden intervenir con la única finalidad de buscar la verdad y la justicia sin que se les pueda exigir demostrar un daño patrimonial o una pretensión de esa naturaleza”.<sup>47</sup> Esta regla, que en Colombia fue todo un avance, estuvo fundada, entre otros elementos, en la asunción del estándar de la Corte Interamericana para la época, derivado desde tres casos específicos: desde el *caso Velásquez Rodríguez contra Honduras* y su regla fundacional de los deberes estatales de prevención, investigación, sanción y reparación a las víctimas,<sup>48</sup> desde el *caso Suárez Rosero contra Ecuador*, en el que la Corte Interamericana declaró por vez primera que una norma de derecho interno podía ser violatoria *per se* de la Convención en el intento de ligar los derechos de las víctimas con el deber de los Estados de adoptar disposiciones de derecho interno acordes con la Convención y, finalmente, desde el *caso Barrios Altos contra Perú*, en el que se fijó la famosa regla de proscripción de las amnistías ya referida en este escrito.

En el segundo de los fallos, es decir, en la Sentencia C-370 de 2006, la Corte Constitucional actualizó los estándares fijados por la Corte Interamericana sobre los derechos de las víctimas, a propósito del control constitucional de la Ley 975 de 2005, que, en opinión de algunos, contiene más que el marco de la transición, una amnistía encubierta en favor de los paramilitares.<sup>49</sup> La Corte emprendió una tarea muy difícil y mediante la adopción

46 Corte Constitucional colombiana, Sentencia C-228 de 2002, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, consideración jurídica n.º 4.

47 Corte Constitucional colombiana, Sentencia C-228 de 2002, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, consideración jurídica n.º 6.3.

48 Puntualmente la regla establece: “El Estado está en el deber de prevenir razonablemente las violaciones de los derechos humanos, de investigar seriamente con los medios a su alcance las violaciones que se hayan cometido dentro del ámbito de su jurisdicción a fin de identificar a los responsables, de imponerles las sanciones pertinentes y de asegurar a la víctima su adecuada reparación”, *Caso Velásquez Rodríguez contra Honduras*, Sentencia de julio 29 de 1988, Serie C. n.º 4, párrafo 174.

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

de una sentencia condicionada o modulativa<sup>50</sup> intentó impedir la impunidad total de los crímenes cometidos por los paramilitares y salvar, hasta donde le resultó posible, el contenido de los derechos de las víctimas.

Para el cumplimiento de sus objetivos, la Corte tomó como referente central las reglas contenidas en las sentencias de la Corte Interamericana, que fueron acogidas “por su relevancia como fuente de Derecho Internacional vinculante para Colombia, por tratarse de decisiones que expresan la interpretación auténtica de los derechos protegidos por la Convención Americana sobre Derechos Humanos”<sup>51</sup> respecto de seis temas puntuales: La obligación estatal de prevenir las violaciones a los derechos humanos, investigarlas, procesar y sancionar a los responsables y lograr la reparación de las víctimas (i), la proscripción de las leyes de amnistía y excluyentes de responsabilidad (ii), el acceso a la justicia y la razonabilidad de los plazos para juzgamiento (iii), la imposibilidad de suspender las obligaciones estatales de investigación, juzgamiento y sanción aún bajo procesos de paz (iv), el deber de reparación integral (v) y los derechos de las víctimas y de la sociedad a conocer la verdad (vi).

Para desarrollar los anteriores temas, la Corte Constitucional reconstruyó la jurisprudencia de la Corte Interamericana desde el contenido de los siguientes fallos: El caso *Godínez Cruz contra Honduras*,<sup>52</sup> que fue utilizado como punto de partida jurisprudencial, para redescubrir la ya mencionada regla del caso *Velásquez Rodríguez*, relacionada con los deberes estatales de prevención, investigación, sanción y reparación de los derechos de las víctimas; el caso *Barrios Altos contra Perú*,<sup>53</sup> con lo que se reiteraba la regla de incompatibilidad de las leyes de amnistía y excluyentes de responsabilidad con la Convención; el caso *Bámaca Velásquez contra Guatemala*,<sup>54</sup> adoptado por la Corte

50 Con base en el ejercicio del control constitucional, la Corte Constitucional ha diseñado la teoría de la modulación de los fallos, en virtud de la cual la Corte, para defender la Constitución, puede construir el tipo de sentencia que mejor le sirva para cumplir ese propósito. En este sentido, ha diseñado y aplicado las sentencias integradoras, las condicionadas, las de efectos retroactivos, las de constitucionalidad temporal, entre otras. Véase Quinche, Manuel, *Estándares de la Corte Interamericana y la ley de justicia y paz*, Universidad de Buenos Aires, Universidad del Rosario. Bogotá, 2009.

51 Corte Constitucional colombiana, Sentencia C-370 de 2006, varios ponentes, consideración jurídica n.º 4.4.

52 *Caso Godínez Cruz contra Honduras*, Sentencia de enero 20 de 1989, Serie C, n.º 5.

53 *Caso Barrios Altos contra Perú*, Sentencia de marzo 14 de 2001, Serie C. n.º 75.

54 *Caso Bámaca Velásquez contra Guatemala*, Sentencia de noviembre 25 de 2000, Serie C n.º 70.

Constitucional colombiana como modelo de reglas para la satisfacción del derecho a la verdad y a la reparación integral de las víctimas; el *caso Myrna Mack Chang contra Guatemala*,<sup>55</sup> y la regla del derecho de las víctimas a tutela judicial efectiva, mediante la implementación de procesos de investigación y juzgamiento efectivos que impidan la impunidad; el *caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri contra Perú*,<sup>56</sup> en el que se reiteraron las reglas sobre proscripción de la impunidad, los deberes estatales de prevención, investigación, sanción y reparación, y la exclusión de las amnistías y excluyentes de responsabilidad, esta vez frente a un caso de impunidad generado por aplicación de las leyes de amnistía general promulgadas en Perú por Alberto Fujimori; el *caso de La Masacre de Mapiripán contra Colombia*, en el que además de reconstruirse la historia del paramilitarismo en Colombia, se recabó en los mencionados deberes estatales de prevención, juzgamiento y reparación, en el deber estatal de “iniciar ex officio, sin dilación, una investigación seria, imparcial y efectiva, que no se emprenda como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa”<sup>57</sup> y en la responsabilidad estatal por la actuación de los paramilitares en connivencia con los miembros del ejército colombiano y, finalmente, el *caso de la Comunidad Moiwana contra Suriname*,<sup>58</sup> utilizado por la Corte Constitucional colombiana para adoptar la regla sobre el surgimiento de la responsabilidad estatal por violación a los Derechos Humanos, así como para la fijación de los derechos de las víctimas colectivas, en especial en los casos de desplazamiento forzado. De esta manera los estándares fijados por la Corte Interamericana fueron incluidos como elemento normativo en el juzgamiento de los paramilitares y continúan actuando en otros veinte fallos de control abstracto referidos a la misma ley.

#### 4.3.2. Lo judicial en la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Para el caso específico de la desmovilización paramilitar se tienen varios pronunciamientos de la Corte Interamericana, siendo especialmente relevante

55 *Caso Myrna Mack Chang contra Guatemala*, Sentencia de noviembre 25 de 2003, Serie C n.º 101.

56 *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri contra Perú*, Sentencia de julio 8 de 2004, Serie C n.º 110.

57 *Caso de “La Masacre de Mapiripán” contra Colombia*. Sentencia de septiembre 15 de 2005, Serie C n.º 134, párrafo 223, citando otros precedentes.

58 *Caso de la Comunidad Moiwana contra Suriname*. Sentencia de junio 15 de 2005. Serie C n.º 124.

la sentencia del *caso de la Masacre de la Rochela contra Colombia*, proferida en el año 2007, donde señaló

[...] la Corte estima oportuno indicar a continuación, con base en su jurisprudencia, algunos aspectos sobre principios, garantías y deberes *que debe observar el referido marco jurídico de la desmovilización*. Así mismo, es necesario indicar que los funcionarios y autoridades públicas tienen el deber de garantizar que la normativa interna y su aplicación se adecuen a la Convención Americana<sup>59</sup> (Resaltado fuera de texto).

Este señalamiento de la Corte, referido expresamente al proceso de transición adelantado con los paramilitares, es muy importante, en la medida en que el órgano judicial del Sistema Interamericano le impone expresamente a Colombia, como Estado parte en la Convención, la obligación jurídica de observar las reglas y estándares judiciales de protección de los derechos de las víctimas, dentro del proceso de transición.

De acuerdo con el referido fallo, los estándares judiciales que deben ser observados por Colombia en el proceso de transición consisten en lo siguiente:

**a) El estándar de realización de una investigación seria, imparcial y efectiva**

La Corte Interamericana exige aquí la determinación plena *de las estructuras criminales complejas y de sus conexiones*. En Colombia la realización de este estándar no es muy clara. Si bien se publicita el juzgamiento de más de 60 miembros del Congreso de la República por tener vínculos con los paramilitares, esto no ha acontecido por la ley “de justicia y paz”, sino por la propia iniciativa de la Corte Suprema de Justicia. Por el contrario, la Ley 975 de 2005 propicia un sistema de exclusiones que evita la judicialización eficaz de quienes contribuyeron al nacimiento y mantenimiento de los paramilitares. Adicionalmente y de acuerdo con informaciones de funcionarios oficiales, continúa la operación de las que se denominan “nuevas generaciones” de los paramilitares<sup>60</sup> que genéricamente han sido llamadas “Bacrim”, como contracción del enunciado “bandas criminales”.

59 Corte IDH, *Caso de la Masacre de la Rochela contra Colombia*, Sentencia de mayo 11 de 2007, párrafo 192.

60 Ver el *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, situación de Derechos Humanos 2007, Capítulo VII, en [www.cidh.org](http://www.cidh.org)

### **b) El estándar sobre verdad**

El rasgo más notorio está en la divergencia entre el discurso oficial y el contenido de la memoria preservada por la Corte Interamericana. El Estado colombiano negó en el pasado el vínculo entre los paramilitares y el Ejército, lo que contradecía de plano las condenas proferidas por la Corte Interamericana, que probaban ampliamente esa unión. Asimismo, y en lo que tiene que ver con la Ley 975 de 2005, fue creada la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación, como un órgano débil, dependiente del Presidente, con funciones simplemente consultivas y asesoras, con baja capacidad decisoria. De hecho, tras la llegada al poder del presidente Santos, esa Comisión desapareció. El punto es tan notorio que la Corte Suprema de Justicia y la sociedad civil plantean la necesidad de una comisión de la verdad.

### **c) El estándar sobre justicia**

Para la Corte Interamericana y en los términos de la Convención, debe ser adelantada una investigación seria, se debe juzgar y sancionar a los responsables, así como reparar a las víctimas dentro de un plazo razonable. Varias circunstancias apuntan a la violación del plazo razonable, la ineficacia de la investigación y la de un debido juzgamiento en la negociación paramilitar. La aplicación de la Ley 975 de 2005 fue dejada en manos de solo veinte fiscales, respecto de 299.551 víctimas registradas para el año 2010, sin incluir los millones de desplazados generados por el conflicto. Además, acontecieron problemas relacionados con el recaudo técnico de las pruebas de los asesinados en las fosas comunes, con el asesinato de víctimas y testigos y con la suerte del mayor número de desmovilizados, a los que con toda razón en su momento la Corte Suprema de Justicia les negó la calidad de delinquentes políticos, tal y como lo deseaba el gobierno.<sup>61</sup>

### **d) El estándar sobre reparación**

La reparación también parece problemática en el escenario paramilitar y el Decreto 1290 de 2008 la reduce al pago de una suma irrisoria por cada una de las personas asesinadas. Hay varios indicadores que sugieren que el estándar sobre reparación no va a ser cumplido. En primer lugar, por los antece-

---

61 Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, Expediente n.º 26.945, Sentencia de julio 11 de 2007.

dentos. El Estado colombiano no ha cumplido integralmente las condenas proferidas por la Corte Interamericana. Un hecho notorio fue la displicencia del presidente Uribe frente a la condena proferida en el *caso Manuel Cepeda Vargas contra Colombia*.<sup>62</sup> En segundo lugar, las posiciones acerca del valor de las indemnizaciones son muy distantes. Para el Estado, el valor por cada una de las personas asesinadas es de 2.000 a 8.000 dólares, mientras que la Corte Interamericana diferencia según las distintas entidades del daño. En tercer lugar, la indemnización sería pagada por víctima directa fallecida, sin considerar así a cada uno de los familiares sobrevivientes como una víctima, como lo hace el sistema de protección. Es justo, en virtud de todo lo anterior, que fue expedida en la administración Santos la Ley 1448 de 2011 sobre reparación a las víctimas y restitución de tierras, en un intento por satisfacer el estándar internacional.

#### 4.3.3. Lo judicial en la jurisdicción ordinaria. El balance en cifras y los elementos problemáticos del proceso al término del período del presidente Uribe en 2010

De acuerdo con el balance de gestión de la Oficina del Alto Comisionado para la Paz, las cifras presentadas como logros obtenidos con la aplicación de la Ley 975 de 2005 fueron las siguientes:<sup>63</sup>

Desmovilizados 2002-2010: 53.659 personas

Desmovilización por proceso de paz con Autodefensas y otros grupos

AUC	FARC	ERG	ELN	Disidencia	Total
31.671	101	38	N/A	N/A	31.810

Desmovilizaciones individuales

AUC	FARC	ERG	ELN	Disidencia	Total
3.682	14.626	N/A	3.047	494	21.849

62 Corte IDH, *Caso Manuel Cepeda Vargas contra Colombia*, Sentencia de mayo 26 de 2010, Serie C n.º 213.

63 Ver [http://www.altocomisionadoparalapaz.gov.co/web/noticias/2010/julio/julio\\_24\\_10b.html](http://www.altocomisionadoparalapaz.gov.co/web/noticias/2010/julio/julio_24_10b.html), visita de septiembre 10 de 2010.

Personas postuladas a la ley 975 de 2005: 4.346 personas

#### Detalle Total

Miembros AUC postulados	2.916
Comandantes AUC postulados	25
Miembros AUC privados de la libertad postulados	1.008
Miembros AUC desmovilizados individuales postulados	45
Postulados grupos subversivos (FARC, ERP, ELN, EPL, ERG)	352

Fuente: [http://www.altocomisionadoparalapaz.gov.co/web/noticias/2010/julio/julio\\_24\\_10b.html](http://www.altocomisionadoparalapaz.gov.co/web/noticias/2010/julio/julio_24_10b.html)

Frente a esas cifras acontece un hecho realmente problemático: a agosto de 2010 tan solo habían sido proferidas cuatro sentencias de fondo, siendo la más publicitada la pronunciada en contra de Edwar Cobos Téllez (alias Diego Vecino) y Úber Enrique Banquez Martínez (alias Juancho Dique), de fecha 29 de junio de 2010.<sup>64</sup>

El punto era tan crítico que se planeó otra intervención legislativa (una más), pues, como se informó entonces,

Ante los reiterados inconvenientes en los procesos de reparación a las víctimas y las apenas cuatro condenas emitidas en los últimos cinco años, la fiscal general Viviane Morales radicó en la tarde de este jueves un proyecto ante la Secretaría de la Cámara de Representantes con el fin de agilizar las audiencias y emitir más sentencias en contra de los paramilitares en el marco de la ley de Justicia y Paz.<sup>65</sup>

El proyecto tenía cuatro puntos principales que buscaban modificar el procedimiento y ejecución de la ley de justicia y paz, con el fin de aligerar las audiencias de fallo que se tienen pendientes en contra de 451 paramilitares de los 4.500 postulados que buscan los beneficios.

Toda esta situación contrasta fuertemente con la presentación inicial de la negociación con los paramilitares y su marco de justicia transicional,

64 Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala de Justicia y Paz, Sentencia de junio 29 de 2010, Radicado n.º 110016000253200680077.

65 “Fiscal General busca agilizar sentencias contra paramilitares”, en: <http://www.elespectador.com>, edición del 15 de septiembre de 2011.

aceptado incluso por la Corte Constitucional, la que en su momento señaló como premisa que “5.3. El Legislador aprobó la Ley 975/05 en tanto instrumento para materializar la paz en el país; esto es, como un medio para superar el conflicto armado interno que afecta a Colombia hace varias décadas”,<sup>66</sup> presentando el marco teórico de la decisión bajo el título “La Justicia de transición hacia la paz en una democracia con instituciones judiciales estables y sólidas”.<sup>67</sup>

No obstante, e independientemente de las cifras del gobierno de entonces y de las buenas intenciones de la Corte Constitucional, se robustecía la postura según la cual existían razones para afirmar que la transición iniciada con los paramilitares mostraba índices altos de fracaso, razón por la cual hubo la necesidad del relanzamiento de ese proceso, como acontece bajo la administración Santos.

## **5. La negociación con los grupos guerrilleros en la administración Santos y la dimensión jurídica de la justicia transicional**

A comienzos del mes de septiembre de 2012, y mediante alocución televisiva, el presidente Juan Manuel Santos le anunció al país que venían siendo adelantadas conversaciones con miembros de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC) encaminadas a la realización de la paz, mediante la terminación del conflicto armado que vive Colombia desde hace varias décadas.

De acuerdo con el Presidente, fue firmado un acuerdo marco con los representantes del grupo guerrillero, estableciendo un procedimiento y una hoja de ruta que permitirán avanzar en las negociaciones. En este sentido fue acordado un primer acercamiento en la ciudad de Oslo, Noruega, para posteriormente instalar una mesa de negociación que, a octubre de 2013, aún se desarrolla en La Habana, Cuba.

### **5.1. Características de la nueva negociación y sus comienzos**

Este nuevo intento de negociación con las FARC tiene un intertexto definido: el fracaso del proceso de paz adelantado por el ex presidente Andrés

66 Sentencia C-370 de 2005, varios ponentes, consideración jurídica n.º 5.3.

67 Sentencia C-370 de 2006, varios ponentes, consideración jurídica n.º 4.2., subdividida en cinco subsecciones temáticas, de la 4.2.1. a la 4.2.5.

Pastrana con el mismo grupo guerrillero. En aquella oportunidad, al igual que se intenta hoy, fue adelantada una negociación en medio del conflicto, es decir, sin la cesación de las hostilidades y los ataques, que tuvo, entre múltiples sucesos y acontecimientos, tres que resultan emblemáticos: el 23 de octubre de 1998 el presidente Pastrana ordenó la desmilitarización de cinco municipios (San Vicente del Caguán, La Macarena, Uribe, Mesetas y Vista Hermosa) para constituir lo que se llamó la “zona de distensión”, en donde habrían de desarrollarse la negociación entre las partes. El 7 de enero de 1999 se hace la instalación oficial del proceso de paz en San José del Caguán. Como fue informado con amplitud en su momento, a la ceremonia asistió el presidente Pastrana y numerosos invitados nacionales e internacionales, sin que se hubiese presentado el máximo comandante de las FARC, Manuel Marulanda Vélez. Finalmente, el 20 de febrero de 2002, tras numerosas dificultades acontecidas a lo largo de tres años, el Gobierno anunció el fracaso definitivo del proceso, dando por terminada la “zona de distensión” del Caguán al proceder el Ejército a recuperar la zona.

Cabe resaltar el punto de que la negociación desarrollada por el presidente Santos intenta ser muy cuidadosa, entendiendo que la experiencia fallida del Caguán fue también un aprendizaje. Dentro de esta comprensión se trabaja desde una agenda definida, regida por el acuerdo de confidencialidad entre las partes, que a su vez solicita una razonable discreción a los medios de comunicación.

De acuerdo con las declaraciones oficiales, el proceso de negociación fue dividido en tres fases. La primera corresponde al encuentro exploratorio entre las partes, que concluyó el 27 de agosto de 2012 con la firma de un *Acuerdo General para la Terminación del Conflicto* en la ciudad de La Habana, suscrito entre el gobierno colombiano y las FARC, que contiene una agenda concreta, con una hoja de ruta y que se espera, finalizará con la terminación definitiva del conflicto armado en Colombia.

La fase dos tuvo inicio el día 18 de octubre de 2012 en la ciudad de Oslo, con el inicio de las conversaciones formales entre el gobierno y las FARC-EP. Su objeto fue el de llegar a acuerdos sobre los puntos de la agenda contenidos en el Acuerdo General. Según el jefe de la delegación del gobierno nacional, esta fase corresponde a “un proceso tendiente a la finalización del conflicto y el comienzo de una etapa de transformación social en Colombia”, en la que concurrirán tanto la guerrilla como el Estado. Se la concibió como un doble ciclo de encuentros: el inicial, en Oslo, Noruega, que puntualizó la agenda, y el posterior en La Habana, Cuba, iniciado el 19

de noviembre de 2012, donde se espera sean desarrollados los puntos de la agenda temática.

La tercera fase iniciaría con la firma del *Acuerdo Final* con el que termina el conflicto armado, con lo que se constituye un nuevo punto de partida y que, en caso de tener éxito, dará comienzo a varios sucesos, siendo los principales la desmovilización de la guerrilla con el objetivo que se transforme en una fuerza política, la implementación de lo convenido en la mesa de diálogo y el funcionamiento de los mecanismos de verificación del cumplimiento que hubieren sido acordados.

## **5.2. La implementación del proceso. El papel del derecho en la transición**

Como fue señalado en la primera sección de este texto, la administración Santos focaliza sus esfuerzos en materia de paz en dos frentes, el primero destinado a la reactivación y perfeccionamiento de la negociación iniciada por Álvaro Uribe con los grupos paramilitares y el segundo relacionado con el proceso de paz iniciado a finales del año 2012 con los grupos guerrilleros. Ahora bien, para el avance de uno y otro proceso fue necesaria la implementación de un marco jurídico en dos niveles: en el constitucional, mediante la expedición de actos reformativos de la Constitución adecuados a los componentes de la justicia de transición, y en el nivel legal, mediante la expedición de nuevas leyes o la renovación de las existentes que resulten útiles, de modo tal que resulte posible la terminación del conflicto y la paz.

Para los efectos de este escrito, se examinan las dos modificaciones que se trabajan en el nivel constitucional que corresponden a reformas constitucionales alrededor de dos puntos: la justicia transicional y el fuero militar.

### **5.2.1. La inclusión de la justicia transicional en la Constitución Política**

La justicia transicional como tema autónomo recién aparece en el país con ocasión de la negociación con los grupos paramilitares; al principio como un tema de debate académico y luego como un asunto jurídico, preferentemente relacionado con el control judicial hecho a la Ley 975 de 2005 de justicia y paz.

Ahora bien, como el objetivo del gobierno Santos es lograr una solución integral al conflicto colombiano, este ha percibido la necesidad

de establecer un marco jurídico amplio que permita solucionar algunos de los inconvenientes presentados con la aplicación de la ley de justicia y paz, en el que el derecho o el régimen jurídico faciliten y propicien la terminación del proceso con los paramilitares y el adelantamiento del proceso con la guerrilla.

Dentro de esta comprensión fue expedido el Acto Legislativo 1 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*, que introduce dos artículos transitorios a la Constitución Política, los números 66 y 67. Estructuralmente la reforma constitucional tiene dos componentes:

- a) Especifica que el marco teórico y jurídico del asunto es la justicia transicional, bajo tres ideas centrales: el carácter excepcional de los instrumentos que se adopten, la finalidad específica, que es la terminación del conflicto interno y la consecución de la paz y la garantía, “en el mayor nivel posible”, de los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación, que tienen como referente inevitable las reglas y estándares fijados por la Corte Interamericana.
- b) Deposita todo el poder de la reforma en la expedición de diversas leyes, incluyendo “una ley estatutaria”, todas las cuales deberán ser expedidas dentro de los cuatro años siguientes al suceso que “el gobierno presente al Congreso de la República el primer proyecto de ley que autorice la aplicación de los instrumentos penales establecidos en el inciso 4° del artículo 1° del presente acto legislativo”. Los elementos centrales de esa ley estatutaria son:

### **El enfoque diferenciado**

Está pensado para el tratamiento de los distintos grupos armados, incluyendo los agentes del Estado. Este punto es de gran relevancia pues permitiría establecer diferencias de trato constitucionalmente admisibles en el tratamiento a paramilitares, a guerrilleros y a los miembros de la Policía y el Ejército. Ello solucionaría un problema práctico muy grande, dado que estos tres grupos históricamente se han negado a ser objeto del mismo trato en las distintas negociaciones.

## La priorización

Este es un elemento central de toda la negociación. El punto consiste en que el tratamiento usual que se ha dado a las conductas delictivas vinculado a las negociaciones ha estado regido por la universalidad, es decir, por el ideal de investigar y perseguir todas las infracciones realizadas por los grupos armados. Por el contrario, y siguiendo tendencias recientes, se pretende en realidad establecer el tipo de infracciones que deben ser investigadas, aún en desmedro de otras. Este punto es toda una novedad en el sistema colombiano y ya viene siendo trabajado por la Fiscalía General de la Nación, habiendo definido y establecido criterios específicos de operación,<sup>68</sup> los que parten de la siguiente noción:

Priorizar. Técnica de gestión de la investigación penal que permite establecer un orden de atención entre reclamos ciudadanos de justicia equivalentes, con el fin de garantizar, en la mayor medida posible, el goce del derecho fundamental de acceso a la administración de justicia. De manera alguna la priorización equivale a una extinción de la acción penal en relación con los casos no priorizados o una renuncia al deber de investigar y sancionar las conductas delictivas.

## La selección

De análoga forma a como se pretende el tratamiento de las infracciones, el acto legislativo impone el establecimiento de “criterios de selección que permitan centrar los esfuerzos en la investigación penal de los máximos responsables”. La idea fundamental es la misma de la priorización: centrar el esfuerzo investigativo y judicial en quienes históricamente fueron denominados “cabecillas” de los grupos, lo que debería incluir a sus fomentadores y patrocinadores, quienes en general han permanecido al margen de la persecución.

La selección es decisiva para el proceso de paz y es también uno de los puntos más complicados, pues de ella se desprenden dos frentes de trabajo: el desarrollo de los incentivos de la negociación y el enfrentamiento con los estándares internacionales sobre derechos de las víctimas, pues, de

68 Fiscalía General de la Nación, Directiva 001 de octubre 4 de 2012, *Directiva del nuevo sistema de investigación penal y gestión: Priorización*, en: <http://www.fiscalia.gov.co/colombia/wpcontent/uploads/2012/10/Directiva001.pdf>, registro de noviembre 15 de 2012.

acuerdo con el acto legislativo, de los criterios de selección se desprenderían beneficios muy fuertes que entran en tensión con las competencias de la Corte Penal Internacional, como son la suspensión de la ejecución de la pena de los perpetradores; el otorgamiento de sanciones extrajudiciales, penas alternativas y modalidades especiales de ejecución y cumplimiento de la pena y renuncias de la persecución penal, incluyendo, al parecer, sujetos que hayan cometido crímenes de lesa humanidad o infracciones graves al Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Desde los anteriores elementos se espera pueda realizarse una negociación que bajo el otorgamiento de incentivos, permita la terminación del conflicto sin impunidad, como lo exigen las reglas y estándares internacionales.

### 5.2.2. La reconfiguración del fuero militar en la Constitución Política

La segunda cuestión que se eleva a canon constitucional es la relacionada con el fuero militar. Aquí acontece una tensión entre dos extremos: de un lado se encuentran las víctimas, los defensores de derechos humanos y los órganos del Sistema Interamericano, quienes alegan los márgenes de impunidad históricamente generada por la justicia penal militar no solo en Colombia, sino en América Latina.<sup>69</sup> En el otro lado se ubica el estamento militar y sectores más tradicionales de la sociedad, quienes piensan que es necesario fortalecer la justicia penal militar, pues de esa manera las fuerzas armadas podrían cumplir mejor sus funciones constitucionales.

Dentro de la anterior concepción fue expedido el Acto Legislativo 2 de 2012, sobre fuero militar, que reformó los artículos 116, 152 y 221 de la Constitución, donde, como en el caso anterior, el peso de la reforma recaerá en la expedición de una ley estatutaria.<sup>70</sup> Dentro de los enunciados aprobados

69 Al respecto puede ser considerada la gran cantidad de fallos en los que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha declarado la responsabilidad internacional de Guatemala y Perú, por casos en los que la justicia penal militar de esos países declaró la inocencia de los victimarios o simplemente precluyó las investigaciones mediante la aplicación de leyes de amnistía. Para el caso específico de Colombia bien puede ser referido: Human Right Watch, *Colombia: Carta del Presidente Santos criticando ampliación del fuero militar*, en: <http://www.hrw.org/es/news/2012/10/25/colombia-carta-al-presidente-santos-criticando-ampliacion-del-fuero-militar>, visita de septiembre 20 de 2013.

70 Proyecto de Acto Legislativo n.º 192/2012 “Por el cual se reforman los artículos 116, 152 y 221 de la Constitución Política de Colombia”.

figura la creación de un Tribunal de Garantías Penales, que actuaría como juez de garantía en todos los casos en que se procese o juzgue a militares. Igualmente establece que en los casos de crímenes de lesa humanidad, la competencia estará radicada en la justicia ordinaria, sin decir nada acerca de los crímenes de guerra, los que quedarían por cuenta de la justicia penal militar y los riesgos de impunidad.

Asimismo fue aprobada una regla que establece una fórmula que eventualmente propiciaría impunidad, al permitir el dominio de la investigación por los militares:

Si en desarrollo de una acción, operación o procedimiento de la Fuerza Pública, ocurre alguna conducta que pueda ser punible y exista duda sobre la competencia de la Justicia Penal Militar, excepcionalmente podrá intervenir una comisión técnica de coordinación integrada por representantes de la jurisdicción penal militar y de la jurisdicción penal ordinaria, apoyada por sus respectivos órganos de policía judicial. La ley estatutaria regulará la composición y funcionamiento de esta comisión, la forma en que será apoyada por los órganos de policía judicial de las jurisdicciones ordinarias y penal militar y los plazos que deberá cumplir.

De esta manera, y en comparación con la negociación adelantada con los paramilitares, la estrategia jurídica cambió, pues de la expedición de leyes y decretos reglamentarios, propia de la primera etapa de la transición, se pasó al campo de las reformas constitucionales a efectos de propiciar un marco jurídico que finalmente sea más consistente y le permita mayor margen de maniobra al componente político de la justicia transnacional.

## 6. A modo de conclusión

Los temas de la transición y de la justicia transicional son muy recientes en el país al estar referidos principalmente al año 2003, cuando el presidente Uribe inició su negociación con los paramilitares, al año 2005, cuando se implementó su primera ley, la de justicia y paz, y al año 2012, cuando el presidente Santos elevó a canon constitucional la justicia de transición para negociar con los guerrilleros, concurrentemente con la modificación del fuero militar. Ahora bien, en lo que tiene que ver con el derecho, la implementación de la transición y de la justicia transicional ha coincidido con la creciente presencia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, materializada en la inclusión de reglas y estándares de protección de los derechos de las

víctimas, fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos que a su vez se introducen en el sistema jurídico colombiano, por la vía judicial, articulándose de esta manera una tensión entre el derecho interno, las decisiones políticas locales y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y sus órganos de vigilancia.

Los sectores más críticos del proceso señalan que el modelo de justicia transicional pretende ser usado de modo estratégico para legitimar formas de impunidad. En este sentido censuran la posibilidad de que los crímenes de lesa humanidad, los de guerra, el secuestro, la tortura e infracciones similares puedan ser objeto de penas alternativas o de sanciones extrajudiciales que eviten la penalización real de los perpetradores, o que, para el caso de los militares, se implementen mecanismos de impunidad con base en la reforma constitucional introducida al fuero militar. El Procurador General de la Nación se ha pronunciado en ese sentido y ha planteado su inconformidad con la eventual impunidad de los crímenes cometidos por los guerrilleros. De hecho, solicitó la inexecutable de algunos pasajes del Acto Legislativo 1 de 2012, que establece el marco jurídico para la paz, solicitud que fue desatendida por la Corte Constitucional.<sup>71</sup>

En el plano de las actuaciones de organismos internacionales se tienen dos hechos recientes, que deben ser considerados dentro del proceso de transición. De un lado, la Corte Interamericana ha declarado de nuevo la responsabilidad internacional de Colombia por las actuaciones del Ejército en el caso *Masacre de Santo Domingo*<sup>72</sup> y, concurrentemente, la Comisión Interamericana ha llevado a la Corte otros dos casos: el *Caso del Palacio de Justicia contra Colombia* y el *Caso Marino López y otros (Operación Génesis) contra Colombia*. De seguro habrá allí, además de las condenas, la reiteración de la obligatoriedad de las reglas y estándares internacionales para Colombia. Además, y en segundo término, se tiene que en noviembre de 2012 la Oficina de la Fiscal de la Corte Penal Internacional expidió un informe sobre la situación en Colombia en el que advierte acerca del seguimiento que ese tribunal hace del caso colombiano alrededor del riesgo de impunidad que se cierne sobre crímenes graves cometidos por los paramilitares, las FARC y el Ejército. El informe igualmente advierte la necesidad de perseguir los crímenes por “falsos positivos” realizados por el Ejército y del riesgo que entraña para el país

71 Sentencia C-579 de 2013, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

72 Corte IDH. *Caso Masacre de Santo Domingo contra Colombia*. Sentencia de 30 de noviembre de 2012 Serie C n.º 259.

la aprobación del acto legislativo sobre fuero militar. Por último, y en lo que tiene que ver con el marco jurídico para la paz, la Corte Penal Internacional ve con buenos ojos los esfuerzos del gobierno colombiano, señalando las bondades y riesgos de la *priorización* que actualmente implementa la Fiscalía General de la Nación, en el sentido de que “Prioritisation of cases to satisfy to admissibility assessment before the ICC, thus, should not lead to impunity for other crimes”.<sup>73</sup>

Estos hechos recientes y la reconstrucción a la que se ha asistido a lo largo del presente escrito parecerían indicar que, si bien los jueces interamericanos y los jueces constitucionales en Colombia introducen los estándares y reglas internacionales de protección con pretensiones de plenitud, no acontece lo mismo con las leyes del Congreso, los decretos de los presidentes e, incluso, con las reformas constitucionales. En este sentido, parece existir una brecha dentro del proceso de transición entre la acción gubernamental y el estándar judicial. De hecho, las condenas y las investigaciones en el sistema interamericano se suceden una tras otra y las visitas de los funcionarios de la Corte Penal Internacional se han incrementado, lo que haría posible la futura intervención de los órganos de vigilancia internacional, máxime si se considera, con Orjuela y Lozano, que el impacto real de los estándares internacionales en Colombia y su contrario, el potencial impacto de la justicia transicional como ha sido entendida en Colombia sobre los mismos, sea por ahora, impredecible.<sup>74</sup>

## Referencias bibliográficas

- Brewer, Allan, “La interrelación entre los tribunales constitucionales de América Latina y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y la cuestión de la inejecutabilidad de sus decisiones en Venezuela”, en: *Gaceta Constitucional. Análisis multidisciplinario de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Editorial Gaceta Jurídica, Tomo 16, año 2009, Lima.
- Comisión Colombiana de Juristas, *Colombia: la metáfora del desmantelamiento de los grupos paramilitares*, Bogotá, 2010.

73 Véase en: [http://www.fidh.org/IMG/pdf/otp\\_-\\_colombia\\_-\\_public\\_interim\\_report\\_-\\_november\\_2012.pdf](http://www.fidh.org/IMG/pdf/otp_-_colombia_-_public_interim_report_-_november_2012.pdf), registro de noviembre 16 de 2012.

74 Orjuela, Astrid y Lozano, Carlos, “La indeterminación del campo de la justicia transicional en Colombia”, en: *Revista Estudios Socio Jurídicos*, Universidad del Rosario 2012, 14 (1), Bogotá, pp. 255-281.

- Elster, John, *Rendición de cuentas. Justicia transicional en perspectiva*, Buenos Aires, Katz, 2006.
- Filippini, Leonardo, “Proceso nacional y sistemas judiciales internacionales: el caso argentino”, en: *Transiciones en contienda. Dilemas de la justicia transicional en Colombia y en la experiencia comparada*, Centro Internacional para la Justicia Transicional, Bogotá, 2010.
- Gozaíni, Osvaldo, “El impacto de la jurisprudencia del sistema interamericano en el derecho interno”, en: *El control de convencionalidad*, EDIAR, Buenos Aires, 2008.
- Hitters, Juan, “Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación (Criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos)”, en: *Estudios constitucionales*, Universidad de Talca, Talca, año 7 n.º 2, 109-128, 2009.
- Orjuela, Astrid y Lozano, Carlos, “La indeterminación del campo de la justicia transicional en Colombia”, en: *revista Estudios Socio Jurídicos*, Universidad del Rosario 2012, 14 (1), Bogotá, pp. 255-281.
- Procuraduría General de la Nación, *La justicia transicional en Colombia: un proceso en construcción*, Procuraduría General de la Nación, Bogotá, 2011.
- Quinche, Manuel, *Estándares de la Corte Interamericana y la ley de justicia y paz*, Universidad de Buenos Aires, Universidad del Rosario. Bogotá, 2009.
- Rettberg, Angelika, “Reflexiones introductorias sobre la relación entre construcción de paz y justicia transicional”, en: *Entre el perdón y el paredón*. Universidad de los Andes, Bogotá, 2005.
- Rey, Ernesto, *Control de convencionalidad de las leyes y derechos humanos*, Porrúa, Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, México, 2009.
- Rincón, Tatiana, *Verdad, justicia y reparación, La justicia de la justicia transicional*, Universidad del Rosario, Bogotá, 2010.
- Rincón, Tatiana, “Influencia de organismos internacionales en la jurisdicción ordinaria y en la actuación de los actores nacionales involucrados en procesos de justicia transicional: procesos transicionales en contextos de conflicto armado”, en: *Transiciones en contienda. Dilemas de la justicia transicional en Colombia y en la experiencia comparada*, Centro Internacional para la Justicia Transicional, Bogotá, 2010.
- Uprimny, Rodrigo y otros *¿Justicia transicional sin transición?*, Dejusticia, Bogotá, 2006.
- Villán, Carlos, *Curso de derecho internacional de los derechos humanos*, Trotta, Madrid, 2006.

