

## **TRIBUNA ABIERTA IBEROAMERICANA:**

### ***REFLEXIONES EN TORNO A LA JUSTICIA ESPECIAL PARA LA PAZ (JEP) EN FUNCIÓN DEL CUMPLIMIENTO Y RESPETO DEL DERECHO CONVENCIONAL***

*Por D. Jaime Orlando Santofimio Gamboa*  
Profesor Emérito de Derecho Administrativo  
Universidad Externado de Colombia

1.- El mejor blindaje a la justicia JEP (Justicia Especial para la Paz) es que cumpla, adecue y respete los estándares de la justicia internacional en materia de investigación, juzgamiento y sanción de los actos de lesa humanidad y delitos de guerra.

2.- La JEP como instrumento para la consolidación del concepto de justicia dentro del Acuerdo Final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera, tan solo puede ser entendida, interpretada y aplicada en el ordenamiento jurídico interno colombiano en la medida en que de manera efectiva cada una de sus decisiones se comprendan y apliquen conforme a los principios convencionales y a los valores propios del derecho internacional consuetudinario de gentes a los que se remite la estructura conceptual del Acuerdo, y los demás tratados celebrados por el Estado colombiano.

3.- En otras palabras, el margen nacional de apreciación en relación con los desarrollos constitucionales, legales, administrativos y judiciales del Acuerdo Final concernientes a la JEP, están supeditados para su validez al respeto y acatamiento imperativo e inevitable del orden convencional, tal y como se desprende de las remisiones a estos instrumentos internacionales en su preámbulo e introducción, y en los demás acuerdos firmados, los que la JEP está llamada a cumplir, adecuar y respetar en toda su amplitud (SANTOFIMIO GAMOA: El concepto de convencionalidad: 2017, 150: pág.131).

4.- El marco de principios y valores convencionales (fundados en el derecho internacional de gentes e incorporados al Acuerdo Final) configura el ámbito jurídico de derecho convencional, imperativo, que compromete a todas las autoridades y poderes públicos (Convención Americana de Derechos Humanos: 2), en especial a las autoridades judiciales, a la adopción de las decisiones de todo orden que sean pertinentes, para interpretar y aplicar el Acuerdo Final; en consecuencia, los efectos de este planteamiento no son otros que el de admitir una validez del acuerdo única y exclusivamente si se acoge sustancialmente al ordenamiento convencional (lo que opera con efectos directos e inmediatos en el orden jurídico interno), en especial en lo relacionados con las actividades y decisiones de la JEP, sin desconocer obviamente el sistema jurídico interno del país y el margen nacional de apreciación, los que siempre deberán adecuarse, concordarse e interrelacionarse con la convencionalidad. (SANTOFIMIO GAMOA: El concepto de convencionalidad: 2017, 152: pág.134].

5.- En todo caso, cualquier decisión de los poderes públicos, sea constituyente, legislativo, administrativo o judicial, en concreto las decisiones de la JEP, que encaucen el Acuerdo Final por senderos que contradigan o sean inferiores a los específicos mandatos, estándares y mínimos convencionales (i) carece de fuerza vinculante, (ii) puede ser objeto de excepción de inconvencionalidad y (iii) de inaplicación obviamente, según el precedente reiterado de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH: Almonacid Arellano: 2016: 124; Trabajadores cesados del Perú: 2006: 107-136; La Cantuta: 2006: 142-186; Radilla Pacheco: 2009: 310-340; Cabrera García-Montiel Flores: 2010: 172 a 225; Gelman: 2011: 193-239; González Lluy: 2015: 234-278). (SANTOFIMIO GAMOA: El concepto de convencionalidad: 2017, 155: cita 349].

6.- Sobre estas bases debe soportarse inevitablemente el ejercicio de la actividad judicial de la JEP, en especial en relación con crímenes de guerra y de lesa humanidad. Al respecto no se puede desconocer por el Estado colombiano que *“desde la ONU se ha venido planteando “que los acuerdos de paz aprobados por las Naciones Unidas nunca puedan prometer amnistías por crímenes de genocidio, de guerra, o de lesa humanidad o infracciones graves a los derechos humanos”. El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, por su parte, aún cuando aplicable solo a los crímenes que sean de su competencia y jurisdicción, implica la obligación de los Estados parte de producir juicios creíbles sobre los crímenes allí definidos (genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra)”* (CIDH: Caso de las Masacres de El Mozote y lugares aledaños: 2012, voto concurrente del juez Diego García-Sayán: 19).

7.- Esto se concluye sin mayor dificultad de la relación de mandatos (de optimización) convencionales reconocidos e incorporados de manera específica en el acuerdo respectivo y a los que debe sujetarse plenamente la JEP: (i) sujeción del Acuerdo al principio de la paz como derecho humano universalmente aceptado (principio enunciado: orden pacífico: Principios de Núremberg); (ii) sujeción a los principios del derecho internacional (orden mínimo convencional; Corte Internacional de Justicia, *Affaire du Nicaragua vs EEUU*, arrêt 1986: 109); (iii) sujeción a los principios del derecho internacional de los derechos humanos (garantía o tutela efectiva de derechos; Corte Penal Internacional: Caso Thomas Lubanga Dyilo: 2012); (iv) sujeción a los principios del derecho internacional humanitario (convenios y protocolos; principio enunciado: reglas de la guerra; International Tribunal of Yugoslavia: *Opinion and Judgement: Prosecutor Tadić*: 1997); (v) sujeción a lo mandado por el Estatuto de Roma (Derecho Penal Internacional; principio enunciado: juez natural, justicia y verdad); (vi) sujeción a los precedentes de los fallos proferidos por la Corte Interamericana relativos a los conflictos y su terminación (recursos efectivos y garantía de protección de los derechos humanos bajo estándares de verdad, justicia y reparación; CIDH: OC-9/1987; OC-8/1987; CIDH: caso Tiu Tojín: 2008; caso Masacres El Mozote y lugares aledaños: 2012); (vii) sujeción a las demás sentencias de organismos internacionales con competencias reconocidas, y a los dictámenes e informes de los temas suscritos por los organismos universalmente aceptados (interpretación extendida; UN: Consejo de Derechos Humanos: Informe Anual situación Colombia: 2016); (viii) sujeción a la interpretación conforme con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia, sin que su goce o ejercicio pueda ser objeto de limitación (principio de progresividad; CIDH, caso de la Comunidad Mayagna (Sumo)

Awaw Tigni: 2001; caso Cinco Pensionistas: 2003; CIDH: OC-18/2003; CIDH: caso Gelman: 2011); (ix) sujeción al principio de la no taxatividad de los derechos y garantías convencionales y constitucionales: “la enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios vigentes no debe entenderse expresamente en ellos” (inalterabilidad de los derechos; CIDH: caso Gelman: 2011); (x) sujeción a los tratados y declaraciones internacionales que consagran la igualdad, la no discriminación de las personas y la tolerancia como conductas universales, tanto como principio y como valor (justicia material: CIDH: caso Duque: 2016: 90-96); (xi) sujeción a las normas del derecho internacional consuetudinario que siguen rigiendo las cuestiones relacionadas con derechos fundamentales no mencionados en el Acuerdo Final, incluyéndose el mandato imperativo que ordena que “en los casos no previstos por el derecho vigente la persona humana queda bajo la salvaguardia de los principios de humanidad y de la exigencia de la conciencia pública”(RADBRUCH: Statutory: 1 a 11; ALEX Y: Una defensa de la fórmula Radbruch: 75-76; Preámbulos de los Cuatro Convenios de Ginebra: 1949; Protocolo II a los Convenios de Ginebra: 1977; Convención Americana de Derechos Humanos: 29; Consejo de Estado de Colombia: sentencia de 26 de marzo de 2009: 17994) (principio *pro homine*, principio de humanidad y principio de *ius cogens*; CIDH: OC-6/86); y (xii) sujeción de los mecanismos de acompañamiento, implementación y verificación a estándares internacionales (UN: Consejo de Seguridad: Resolución 2261/2016) (adecuación institucional y normativa; Convención Americana de Derechos Humanos: 2). (SANTOFIMIO GAMOA: El concepto de convencionalidad: 2017, 150-154: p.132).

8.- Pero el gran reto, en nuestra opinión, de la JEP va a ser la consolidación de la justicia material como concepto de interés general de la humanidad, obedeciendo al derecho de gentes o *ius cogens*. Este estándar impuesto por la justicia internacional de los derechos humanos se encuentra comprendido, entre otros precedentes, en el caso paradigmático para el derecho internacional público, de los Tiradores del muro de Berlín (PÉREZ DE LA FUENTE: 2011: 453) (el cual resulta trascendente para evidenciar la sustancialidad del derecho de gentes como herramienta material de la convencionalidad), resuelto por el Tribunal Constitucional Federal Alemán (ALEXY: Derecho injusto.: 2000: 197-198), que se emplea para contrastarlas, ya que en él se utilizó la “fórmula de Radbruch” (RADBRUCH; SANTOFIMIO GAMOA: El concepto de convencionalidad: 2017, 273: p.234).

9.- El problema jurídico del caso (que en mi opinión será de común ocurrencia para la JEP, dada la caracterización del conflicto interno colombiano), se refiere, entre otros, a la definición de los presupuestos normativos con base en los cuales fueron juzgados los centinelas y quienes dieron las órdenes en la antigua República Democrática Alemana (RDA) para disparar indiscriminadamente contra personas que pretendían huir saltando el muro construido en la ciudad de Berlín entre los años sesenta y setenta del siglo XX, que según el Tribunal Territorial de Berlín y el Tribunal Supremo Federal en 1992 y 1994 debían responder penalmente por los delitos mencionados, lo que fue convalidado en 1996 por el Tribunal Constitucional Federal Alemán, inaplicando las causales de justificación de sus conductas y superando concepciones individualistas del derecho penal liberal clásico, con lo cual dio prevalencia a los mandatos de protección de los derechos humanos derivados del derecho de gentes, así como a la justicia material (ALEXY: Derecho injusto...: 2000:

205; SANTOFIMIO GAMOA: El concepto de convencionalidad: 2017, 272: pár.234).

10.- La idea de la justicia material ha sido el fundamento de los Tribunales de Justicia Internacional de Derechos Humanos y de Derecho Internacional Humanitario (v.gr., Tribunal de la antigua ex Yugoslavia, Ruanda, Sierra Leona, Sudán, Salas Penales de Camboya, Salas Penales de Timor Oriental, Salas Penales de Líbano). En el sistema interamericano esta ruptura del derecho penal liberal clásico con ocasión de violaciones del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario y de gentes, se encuentra en la jurisprudencia de la Corte Interamericana en casos como Barrios Altos (2001), Almonacid Arellano (2006), La Cantuta (2006), Masacre de la Rochela (2007), Anzualdo Castro (2009), Gomes Lund (2010), Gelman (2011), y Masacres El Mozote (2012), entre otros (SANTOFIMIO GAMOA: El concepto de convencionalidad: 2017, 273: pár.131).

11.- El incumplimiento de todos los mandatos, estándares y mínimos convencionales abriría la posibilidad para que las instancias internacionales puedan abordar los casos en los que el Estado colombiano no se corresponda con la obligación sustantiva de investigar, juzgar y sancionar a todos los sujetos que participaron en crímenes de guerra, actos de lesa humanidad o graves violaciones de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario, generando la responsabilidad internacional del Estado ante el sistema interamericano de protección de los derechos humanos, y activando la competencia de la Corte Penal Internacional para perseguir a los autores o partícipes de aquellos (Estatuto de Roma: 17). Sin perjuicio de la pérdida de legitimidad del Acuerdo Final al no respetar el máximo principio del *pacta sunt servanda*, en el que se inspira el modelo de justicia material y universal al que debe obedecer todo sistema jurídico en el mundo.

12.- Para finalizar me preocupa profundamente las recientes condenas en la República Argentina de jueces “que fueron omisivos” en la investigación, juzgamiento y sanción y en el cumplimiento de los estándares de justicia internacional, así como de actos de genocidio dentro de la dictadura militar (se trata de los ex magistrados Otilio Romano Ruiz, Guillermo Max Petra Racabarren, Luis Francisco Miret y Rolando Evaristo Carrizo, dentro del denominado caso “juicio de los jueces”).