



## COORDINACION COLOMBIA – EUROPA – ESTADOS UNIDOS

INTERVENCIÓN EN COMISION PRIMERA DE LA CÁMARA DE REPRESENTANTES

AUDIENCIA PÚBLICA SOBRE EL DEL PROYECTO DE ACTO LEGISLATIVO 02 DE 2016 CÁMARA / ACUMULADO CON EL PROYECTO DE ACTO LEGISLATIVO 03 DE 2016 CÁMARA “POR MEDIO DEL CUAL SE CREA UN TÍTULO DE DISPOSICIONES TRANSITORIAS DE LA CONSTITUCIÓN PARA LA TERMINACIÓN DEL CONFLICTO ARMADO Y LA CONSTRUCCIÓN DE UNA PAZ ESTABLE Y DURADERA Y SE DICTAN OTRAS DISPOSICIONES”.

**Alberto Yepes P.**

Coordinador Observatorio de Derechos Humanos  
y Derecho Internacional Humanitario

La Coordinación Colombia – Europa – Estados Unidos valora positivamente el gran esfuerzo que el Congreso de la República está comprometiendo en pos de la implementación del Acuerdo Final de Paz celebrado a fines del 2016 entre el Gobierno Nacional y las FARC-EP y por sacar adelante una reglamentación que garantice de la mejor manera la garantía estatal de cumplimiento a los acuerdos y la vigencia efectiva de una paz justa y sostenible con garantías amplias para las víctimas del conflicto y para el restablecimiento del Estado de Derecho. Sin embargo, con relación al actual proyecto, la Coordinación Colombia – Europa – Estados Unidos quiere expresar algunos motivos de preocupación y sus respectivas recomendaciones.

**1. El principio de Inescindibilidad que se menciona no se ve reflejado en las disposiciones del Proyecto de Acto Legislativo.** El Artículo 18 del proyecto dice basarse en el carácter inescindible de la Jurisdicción Especial para la Paz. En realidad, las disposiciones contenidas en el Proyecto de Acto Legislativo 02 y 03 de 2016 (Cámara) ha terminado consagrando un régimen que si es diferenciado y separado del consagrado para los miembros de las organizaciones insurgentes desmovilizadas, pero que ante todo les provee de un régimen asimétrico de privilegios, inequitativo con su obligación de rendir cuentas ante las víctimas y desequilibrado con el trato que se dará frente a los demás sujetos que sometan

al Sistema en lo referente tanto al marco legal aplicable, como a los criterios de responsabilidad de los mandos implicados y mucho más favorable para los agentes estatales en cuanto a su obligación de reparar a las víctimas y con considerables mucho más favorables en cuanto a las sanciones aplicables y sus consecuencias.

***1.1. El Marco legal aplicable a los agentes del Estado no se corresponde con el marco legal aplicable a los miembros de las organizaciones insurgentes.*** Este trato asimétrico se deduce del hecho de que el proyecto consagra que las conductas de quienes se sometan al sistema se basará en el Código Penal colombiano vigente al momento de la comisión del hecho, en las normas de Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) y de Derecho Internacional Humanitario (DIH), pero para el caso de los miembros de la Fuerza Pública, dispone que “se tendrán en cuenta las reglas operacionales vigentes al momento de la comisión del hecho, siempre que no sean contrarias a la normatividad legal”.

Estas reglas operacionales del Ministerio de Defensa no han sido avaladas por ninguna instancia autorizada de aplicación y validación del derecho internacional público, a pesar de esfuerzos que ha desplegado por hacerlo aparecer como una novedosa rama vinculante y aplicable como norma esencial del derecho de los conflictos armados. Su compatibilidad con el Derecho Internacional Humanitario es bastante cuestionable, y su aplicación ha conducido a prácticas sistemáticas y generalizadas de vulneración tanto de las obligaciones sustanciales de derechos humanos como como los compromisos básicos en materia de derecho internacional humanitario. Prácticas como las ejecuciones extrajudiciales en su modalidad de falsos positivos, perpetradas de manera sistemática en el pasado reciente y estrategias de conformación, apoyo y articulación con organizaciones paramilitares, -no sólo en el combate antiinsurgente sino también en el trato a sectores de la población civil que se han visto afectados por sus conductas operacionales,- han sido no sólo constatados sino también sancionados tanto nacional como internacionalmente por distintas instancias de protección de los derechos humanos. En este sentido no puede calificarse como “derecho” a ese conjunto de prácticas, que en esencia buscan relajar o distorsionar el marco de obligaciones internacionales vinculantes pertenecientes tanto al ámbito del derecho internacional de los derechos humanos (DIDH) como al Derecho Internacional Humanitario (DIH) cuyos criterios de interpretación autorizada están consagrados en el derecho internacional público, y por lo tanto no puede acomodarse o sustituirse según las valoraciones o interesarse por el mando militar de ningún país ni por sus asesores en los ministerios de defensa nacional.

La apelación amplia a nociones como los “blancos legítimos”, los daños colaterales o emergentes, la vinculación de civiles a operaciones militares, la institución de recompensas por bajas y otras figuras, evidencian que estas nociones operacionales pretenden anteponer la eficacia a las limitaciones y restricciones propias del marco de obligaciones impuestas tanto por el Derecho Internacional Humanitario como por el Derecho Internacional de los Humanos. No puede constituir derecho aplicable un marco de doctrina que pretende anteponer el primado de la necesidad militar o la eficacia operacional sobre las restricciones impuestas por el principio humanitario y las obligaciones de proteger la vida humana en todas las circunstancias.

De otro lado, la compatibilidad de las normas operacionales del Ministerio de Defensa con la legalidad vigente, no es ninguna garantía de su sujeción a los imperativos del DIH y menos a los compromisos internacionales del Estado colombiano en materia de Derechos Humanos. Recuérdese que muchos de los manuales, directrices e instructivos para las operaciones contrainsurgentes de la Fuerza Pública han sido redactados a la luz del concepto del “enemigo interno” y en desarrollo de la Doctrina de la Seguridad Nacional. Gran parte de estos manuales son de carácter secreto ultrasecreto, y su desclasificación se ha negado, incluso desconociendo ordenes de altos tribunales, con el argumento de que muchas de sus disposiciones aún continúan vigentes. En algunos de esos manuales se favorece la conformación de organizaciones paramilitares, prácticas que favorecen las desapariciones forzadas, torturas o imponen la reserva para el encubrimiento de graves en materia de derechos humanos. De suerte pues, que la compatibilidad de la normatividad operacional de la Fuerzas Militares de ningún modo es garantía de respeto o sujeción a las restricciones o limitaciones vinculantes impuestas por el Derecho Internacional Humanitario.

En consecuencia nuestra recomendación es **la supresión del párrafo 2 del artículo 19 y de la expresión “y las reglas operacionales de la Fuerza Pública en relación con el DIH siempre que ellas no sean contrarias a la normatividad legal”** contenida al final del primer párrafo de artículo 21 del Proyecto.

**1.2. Mientras el Derecho Internacional de los Derechos Humanos se exige para la determinación de la responsabilidad de los miembros de las guerrillas en proceso de paz, se suprime como marco para determinar la responsabilidad de los mandos de la Fuerza Pública.** El Proyecto suprime el Derecho Internacional de los Derechos Humanos para la determinación de la responsabilidad de los miembros de la Fuerza Pública. Esta supresión resulta inaudita a la luz del principio internacionalmente reconocido de que son las autoridades y agentes estatales quienes tienen el papel de garantes de la aplicación y vigencia de los derechos humanos, en tanto obligaciones que cada Estado asume frente a sus súbditos. Por el contrario, a los miembros de las organizaciones ilegales tradicionalmente se les ha asignado una responsabilidad principal con la garantía de las normas y principios del Derecho Internacional Humanitario. El artículo 21 del proyecto de ley invierte la lógica de la aplicación de estos marcos normativos.

En el fondo de esta supresión se encuentra la concepción de que en tiempos de guerra los agentes estatales solo deben aplicar el Derecho Internacional Humanitario, y reservar el Derecho Internacional de los Derechos Humanos para los tiempos de Paz. Esta concepción es totalmente equivocada. La comunidad internacional acepta hoy de manera generalizada que, dado que las obligaciones de derechos humanos se derivan del reconocimiento de los derechos inherentes de todos los seres humanos y que estos derechos podrían verse afectados tanto en tiempo de paz como en estado de guerra, el derecho internacional de los derechos humanos se sigue aplicando en las situaciones de conflicto armado. Por otra parte, nada en los tratados de derechos humanos indica que no sean aplicables en tiempos de conflicto armado. En consecuencia, se considera que estos dos conjuntos normativos —el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario— son fuentes complementarias de obligaciones en situaciones de conflicto armado. Por ejemplo, el Comité de Derechos Humanos, en sus Observaciones generales N° 29 (2001) y N° 31 (2004), recordó

que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se aplicaba también en situaciones de conflicto armado en que eran de aplicación las normas del derecho internacional humanitario. El Consejo de Derechos Humanos, en su resolución 9/9, reconoció además que las normativas de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario eran complementarios y se reforzaban mutuamente.

En consecuencia *nuestra recomendación es que el Proyecto de Ley incorpore y reconozca la aplicación concurrente y complementaria del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario, y en consecuencia añada al primer párrafo del artículo 21 del proyecto de Acto Legislativo al Derecho Internacional de los Derechos Humanos como marco de responsabilidad vinculante para todos los miembros de la Fuerza Pública y demás agentes estatales.*

**1.4. El Proyecto de Acto Legislativa consagra una desigualdad asimétrica en la aplicación del Derecho Internacional Humanitario a favor de los miembros de la Fuerza Pública.** Así, Mientras se exige una responsabilidad plena con el Derecho Internacional Humanitario para los miembros de las insurgencias que se sometan a la JEP, para los miembros de la Fuerza solo se exige que en la determinación de su responsabilidad el DIH solo sea valorado en su faceta de *lex specialis*. Esta disposición desconoce que la consideración del DIH como ley especial solo aplica en circunstancias muy determinadas y como pauta interpretativa en contextos muy restringidos en los cuales se dificulte la aplicación concomitante del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario. La pauta general en la conducción de los conflictos armados es la de la aplicación concurrente y complementaria de ambos corpus de protección de los seres humanos.

Esta asimetría, consagrada como pauta de valoración diferenciada de los miembros de las fuerzas armadas y los de las guerrillas frente a las responsabilidades por crímenes en el contexto del conflicto desconoce el principio fundamental de la igualdad de las partes beligerantes frente a las obligaciones del DIH. En virtud de este principio todas las partes en los conflictos armados, independientemente de que su causa esté o no justificada, tanto en conflictos internacionales como no internacionales, tienen exactamente la misma obligación de aplicar el derecho internacional humanitario.

En consecuencia, nuestra recomendación *como plataforma de derechos humanos es que se suprima la mención de “ley especial” al consagrar al DIH como marco para determinar la responsabilidad de agentes de la Fuerza Pública en el artículo 21 de este proyecto.*

**2. El proyecto establece criterios asimétricos e ilegítimos en la determinación de la responsabilidad del Superior para miembros de la Fuerza Pública.** Se distorsiona el concepto de responsabilidad del superior al consagrar criterios peregrinos para poder establecer la responsabilidad del superior para miembros de la Fuerza Pública que no se exigen a los miembros de las guerrillas desmovilizadas. El proyecto desconoce los criterios de derecho internacional, especialmente los consagrados en los literales a) y b) del Artículo 28 del Estatuto de Roma, del cual es parte vinculada el Estado Colombiano.

A la luz de estos criterios, los superiores militares o actúen efectivamente como jefes de las Fuerzas Militares serán penalmente responsable por los crímenes de la competencia de la Corte que hubieren sido cometidos por fuerzas bajo su mando y control efectivo, o su autoridad y control efectivo, según sea el caso, en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre esas fuerzas cuando, entre otras circunstancias hubiere sabido o, en razón de las circunstancias del momento, hubiere debido saber que las fuerzas bajo su mando estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos.

Para los agentes estatales el Proyecto establece otra serie de circunstancias eximentes de responsabilidad, por fuera de las consagradas en el derecho internacional.

Se desconoce así que el principio de responsabilidad del superior jerárquico está referido a la responsabilidad penal individual del superior que sin haber sido el autor material o intelectual ni participe del crimen, tenía conocimiento o tenía razón para saber que el subordinado estaba a punto de cometer ese ilícito penal o lo estaba cometiendo o lo había cometido y no tomó las medidas necesarias y razonables para prevenir el crimen, hacerlo cesar o para castigar a sus autores.

No puede el Congreso, con ocasión de aprobar disposiciones para implementar un proceso de paz distorsionar para el caso de los agentes estatales los criterios que determinan la responsabilidad del superior jerárquico, ni mucho menos consagrar como factores de exclusión de responsabilidad circunstancias tales como que el perpetrador de los crímenes haya adquirido las habilidades para cometerlos o los medios que le sirvieron para consumirlos en razón de su participación en el conflicto armado. El entrenamiento recibido el uso de armamento oficial para perpetrar los crímenes, antes que eximentes o atenuantes de responsabilidad deben ser tenidos en cuenta como circunstancias agravantes.

El Estado colombiano es parte de varios tratados internacionales que consagran el principio de responsabilidad penal del superior por crímenes según el derecho internacional, como el *Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales* (artículo 86, 2) y el *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional* (artículo 28). Asimismo, el Congreso de la República sancionó el primero de diciembre de 2010 la Ley No. 1418, *por medio de la cual se aprueba la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas* adoptada en Nueva York el 20 de diciembre de 2006. Esta Convención, en su artículo 6, igualmente integra el principio de responsabilidad penal del superior, y por lo tanto mal haría ahora el Congreso en eludir o evadir estos criterios para impedir que los superiores castrenses rindan

cuentas de los crímenes perpetrados por los subordinados bajo su control efectivo con su conocimiento real o presunto.

En consecuencia, nuestra recomendación es que el Congreso reformule adecuadamente los artículos 20 y 21 del actual proyecto a los criterios contenidos en el artículo 28 del Estatuto de Roma, y consagre una fórmula simétrica para determinar la responsabilidad jerárquica tanto de los miembros de la fuerza pública, como de otros agentes estatales con función de mando al igual que se consagra para los superiores jerárquicos de las organizaciones insurgentes en proceso que se sometan a la jurisdicción Especial de Paz.

Done  
Enero 24/17  
3:20 PM

Enero 24 de 2017

Señores  
**COMISIÓN PRIMERA DE LA CÁMARA DE REPRESENTANTES**

**Ref: Intervención Audiencia Pública**  
Proyecto de Acto Legislativo 02 de 2016 Cámara/Acumulado con el Proyecto de Acto Legislativo 03  
de 2016 Cámara

Respetados Representantes,

A continuación presentamos nuestra intervención para la audiencia pública que se realizará el día de hoy. Nos permitimos aclarar que las opiniones expresadas en este documento corresponden exclusivamente al criterio personal y académico de los autores y no comprometen la opinión de ninguna institución.

#### **1. Importancia general del Proyecto de Acto Legislativo**

En primer lugar, quisiéramos resaltar la importancia en general del Proyecto de Acto Legislativo. En particular, resulta fundamental la incorporación en la Constitución del Sistema Integral de Verdad Justicia y Reparación, el cual incluye la creación de mecanismos judiciales y extrajudiciales que permitirán satisfacer de la mejor manera los derechos de las víctimas del conflicto armado en Colombia. La discusión, por tanto, no se reduce a la jurisdicción especial para la paz, ni los mecanismos se pueden analizar aislados unos de otros. Justamente, al tratarse de un sistema integral, el análisis de cada uno de los mecanismos deberá realizarse, tomando en consideración que su adecuado funcionamiento depende de la correcta relación e interconexión entre los distintos mecanismos. Por esta razón, el proyecto de Acto Legislativo es no solo valioso sino absolutamente necesario para la efectiva implementación del Acuerdo de Paz.

Resaltamos también la importancia de la deliberación frente a cada uno de los proyectos de implementación, y por tanto la realización de una audiencia pública que permite escuchar las opiniones de la sociedad civil. Esta deliberación es la consecuencia, por lo demás, de que el Acuerdo de Paz no ingresa automáticamente a la Constitución Política, sino que requiere el paso necesario por los mecanismos democráticos.

- 2. Estamos de acuerdo con la necesidad de modificar el ordenamiento jurídico para permitir el mayor grado de participación en política de quienes hicieron parte del conflicto armado, siempre y cuando dicho ejercicio no menoscabe los derechos de las víctimas.**

El capítulo VI del Proyecto de Acto Legislativo, desarrollado a través de su artículo 17, recoge puntos centrales que fueron consignados en el Acuerdo Final y que buscan ampliar el espectro normativo, para que personas que participaron en el conflicto armado, no importa el tipo de conducta delictiva que hayan cometido, puedan participar en política. En el primer inciso del citado artículo del Proyecto, se deja claro que ninguna sanción impuesta por la JEP puede limitar el ejercicio de la participación en política ni de los derechos asociados con ésta. En el parágrafo 1, se suspenden los delitos de competencia del Tribunal para la Paz por los que hayan sido condenados los miembros de organizaciones rebeldes, hasta tanto no se pronuncie la JEP sobre lo que es de su competencia. Finalmente, el parágrafo 2 deroga el elemento del artículo transitorio 67 de la Constitución – Marco Jurídico para la Paz- que impedía que quienes hubiesen sido condenados por delitos de lesa humanidad o genocidio pudieran participar en política.

Es importante resaltar, como lo hemos dicho en otras ocasiones<sup>1</sup>, que en el derecho internacional no existen estándares vinculantes para Colombia que puedan limitar la autonomía que tiene el Estado para determinar las condiciones en que excombatientes, una vez reinsertados, puedan participar en política. Igualmente, consideramos que el legislador cuenta con absoluta independencia para determinar cuál son las condiciones en que se puede participar en política, teniendo como único límite los derechos de las víctimas. Sin embargo, consideramos necesario profundizar en tres puntos centrales que se derivan del cambio constitucional propuesto por el Acto Legislativo bajo estudio, con el fin de avalar en algunos casos y cuestionar en otros su contenido.

- 2.1. Permitir la participación en política de quienes hayan cometido crímenes internacionales no desconoce los derechos de las víctimas, ni contradice el derecho internacional ni constitucional vigente.**

---

<sup>1</sup> JUANA INES ACOSTA LOPEZ, MARIA CARMELINA LONDOÑO LÁZARO. "Juicio de sustitución: la participación política de excombatientes como desarrollo del marco democrático participativo" Justicia de Transición y Constitución II: Análisis de la Sentencia C-577 de 2014 de la Corte Constitucional . En: Colombia ISBN: 978-958-35-1071 ed: Editorial Temis S A , v. , p.85 - 119, 2015

Como se mencionó en párrafos anteriores, el derecho internacional no prescribe la posibilidad de que quienes hayan cometido crímenes internacionales en el marco de un conflicto armado, una vez se desmovilicen y reincorporen a la sociedad civil, puedan participar en política. De hecho, nuestro derecho constitucional incorporó a través del Marco Jurídico para la Paz, avalado por la Corte Constitucional en su sentencia C-577 de 2014, la posibilidad de que para efectos de participación en política, los crímenes de guerra pudieran ser considerados como delitos conexos al delito político – exclusivamente para efectos de la participación política-, permitiendo así la posibilidad de reintegrarse plenamente a la comunidad política.

Incluso, como hemos insistido en otras ocasiones:

“En nuestra opinión, si bien la mención de las normas del bloque de constitucionalidad por parte de la Corte Constitucional resultó importante para reforzar la conclusión de que la participación política es un contenido transversal en la Constitución, un análisis más robusto le hubiera permitido a la Corte llegar a una conclusión más contundente y esencial para el juicio de sustitución: el derecho internacional de los derechos humanos no sólo promueve la participación política, sino que además exige que las restricciones a este derecho sean justificadas por los Estados con mayor rigor. Esta conclusión estuvo ausente en las intervenciones ante la Corte y en la sentencia.

Sobre este particular, el artículo 23.2 de la Convención Americana establece que:

“(…) La ley *puede reglamentar* el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior [incluido el derecho a ser elegido], *exclusivamente por* razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal.” (cursiva añadida)

Un análisis del artículo 23 permite concluir que si bien los Estados *pueden* reglamentar los derechos políticos, cualquier restricción a los derechos debe estar justificada en las causales establecidas en la norma. Esto significa que antes que prohibir la participación política de ciertas personas o grupos de ciudadanos, la Convención exige justificar las restricciones a esta participación.

En el mismo sentido, el artículo 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, establece que:

“Todos los ciudadanos gozarán, sin ninguna de las distinciones mencionadas en el artículo 2, y *sin restricciones indebidas*, de los siguientes derechos y oportunidades: (...) b) *Votar y ser elegidos* en elecciones periódicas, auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores; c) *Tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país*” (cursiva añadida).

La Observación General 25, citada también por la Corte Constitucional pero para otros efectos, establece que “[c]ualesquiera condiciones que se impongan al ejercicio de los derechos amparados por el artículo 25 *deberán basarse en criterios objetivos y razonables*

(...)”<sup>2</sup> y que “[l]os Estados Partes *deben indicar y explicar* las disposiciones legislativas en virtud de las cuales se puede privar a un grupo o categoría de personas de la posibilidad de desempeñar cargos electivos”<sup>3</sup> (cursiva añadida).”<sup>4</sup>

El Acto Legislativo sometido a discusión, amplía el espectro de la participación en política, permitiendo que también participen quienes hayan cometido otros crímenes internacionales, como los de lesa humanidad y genocidio. Consideramos que ese cambio, lejos de vulnerar los derechos de las víctimas del conflicto en Colombia, contribuirá a su satisfacción, pues permitirá que aquellos miembros de los grupos guerrilleros que aspiren participar en política y hayan cometido delitos de lesa humanidad, no se autocensuren al momento de aceptar su responsabilidad contribuyendo así al esclarecimiento de la verdad. Eso sí, como explicaremos a continuación, siempre y cuando hayan cumplido su sanción y contribuido a salvaguardar los derechos de las víctimas que han sido perjudicadas por sus actuaciones como combatientes.

Sobre este último aspecto resulta fundamental resaltar, como lo hemos reiterado en otras ocasiones<sup>5</sup>, que si bien el concepto de margen de apreciación es aplicable a toda la estrategia de justicia transicional, existen materias en las que el margen es más amplio y otras en las que es más estrecho. En este sentido, existe mayor margen de apreciación en la regulación de la participación política en el marco de la justicia transicional, y menor margen de apreciación en relación con la garantía de los derechos de las víctimas. Cuando aspectos relacionados con la participación política se conectan directamente con los derechos de las víctimas, el análisis respecto del margen de apreciación deberá ser muy cuidadoso para no vulnerar las obligaciones internacionales y nacionales del Estado.

2.2. Saldar su cuenta con la sociedad es un requisito indispensable para quienes quieran participar en política.

La Corte Constitucional al analizar si el artículo 67 transitorio incorporado por el llamado Marco Jurídico para la Paz a la Carta Política, sustituía o no la norma de normas, fue clara en establecer como prerrequisito para que un desmovilizado pueda participar en política, el que se ponga al día con la sociedad, pues de no hacerlo se corre el riesgo de menoscabar los derechos de las víctimas, incluso llegando a generar escenarios de re-victimización cuando quienes han tenido que sufrir

---

<sup>2</sup> Comité de Derechos Humanos: *Observación General n.º. 25, 4.*

<sup>3</sup> Comité de Derechos Humanos: *Observación General n.º. 25, 15.*

<sup>4</sup> JUANA INES ACOSTA LOPEZ, MARIA CARMELINA LONDOÑO LÁZARO. "Juicio de sustitución: la participación política de excombatientes como desarrollo del marco democrático participativo" *Justicia de Transición y Constitución II: Análisis de la Sentencia C-577 de 2014 de la Corte Constitucional*. En: Colombia ISBN: 978-958-35-1071 ed: Editorial Temis S A, v. , p.85 - 119, 2015

<sup>5</sup> *Ibid.*

graves violaciones a sus derechos ahora tengan que soportar ver a los perpetradores, sin que se haya alcanzado el más mínimo nivel de justicia, como sus representantes o incluso dirigentes locales o regionales. Por esa razón, fue enfática la Corte en afirmar en su sentencia C-577 de 2014 que: “(...) la posibilidad de participación en política prevista por el artículo acusado [artículo 67 transitorio] se entiende acorde con el ordenamiento constitucional, en tanto quien entre a formar parte de la comunidad política haya saldado su deuda con la sociedad.” (Subrayas fuera del texto original).

Incluso el Alto Tribunal colombiano va más allá, estableciendo una serie de condiciones que se deben cumplir por parte de aquellos combatientes que pretendan participar en política después de hacer parte de un grupo insurgente, con el fin de permitir una efectiva reincorporación a la comunidad política de quienes fueron una vez actores del conflicto armado:

*“Para alcanzar dicho objetivo y, en armonía con el artículo transitorio 66 de la Constitución, es indispensable que quienes aspiren a participar en política, hayan cumplido con todas las obligaciones consideradas axiales a la efectiva reincorporación de los miembros de grupos armados que hacían parte del conflicto, a saber: (i) no tener condenas penales pendientes; (ii) la dejación de las armas; (iii) el reconocimiento de responsabilidad; (iv) la contribución al esclarecimiento de la verdad y a la reparación de las víctimas; (v) la liberación de los secuestrados y (vi) la desvinculación de los menores de edad reclutados que se encontraran en poder del grupo armado que se desmoviliza.”*

El no cumplir con las mencionadas seis (6) condiciones antes de participar en política generará dos consecuencias, según la Corte: (1) por un lado, se violaría el derecho de las víctimas a la justicia y el correlativo deber del Estado de impartirla, especialmente frente a graves violaciones de derechos humanos, y (2) por otro lado, se incumpliría con el fin esencial de la justicia transicional: la reconciliación de la sociedad con miras a establecer una paz positiva.

Las consideraciones realizadas por la Corte en la sentencia C-577 de 2014, tiene además unas consecuencias materiales y otras de sentido práctico frente a la discusión de la inserción constitucional que se pretende hacer con el Acto Legislativo que en esta ocasión nos convoca. En sentido material, es claro que como lo expuso el máximo juez constitucional, permitir la participación en política de quienes fueron actores del conflicto sin que hayan cumplido las sanciones que les fueron impuestas, sin contribuir a la reparación de las víctimas, ni al esclarecimiento de la verdad, resulta en un menoscabo de los derechos de estas últimas y el incumplimiento por parte del Estado de sus deberes en materia de derechos humanos.

En sentido práctico, el Congreso podría mantener el contenido del Proyecto Acto Legislativo como está, sin ejercer ningún tipo de control al texto del artículo 17, en especial teniendo en cuenta que éste se deriva de lo establecido en el Acuerdo Final entre el Gobierno Nacional y la guerrilla de las FARC. La actitud pasiva -incluso se podría decir prudente con el Proceso de Paz- del Congreso, dejaría

en manos de la Corte Constitucional la revisión del citado precepto normativo. Basada en su jurisprudencia, la Corte no tendrá más alternativa que concluir que lo dispuesto en el artículo 17 del Acto Legislativo aprobado sustituye un pilar fundamental de la Constitución, reconocido en la Sentencia C-579 de 2013: “[E]l compromiso del Estado social y democrático de derecho de respetar, proteger y garantizar los derechos de la sociedad y de las víctimas a partir del cual se deriva (i) la obligación de investigar, juzgar y en su caso sancionar (ii) las graves violaciones a los Derechos Humanos y (iii) al Derecho Internacional Humanitario”.

Por lo anterior, nuestra invitación es para que el Congreso proponga la inclusión de las condiciones constitucionales que se deben cumplir antes de participar en política establecidas en la Sentencia C-577 de 2014, como parte del capítulo del Acto Legislativo que regula el tema, demostrando con ello, un respeto por la institucionalidad encarnada en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, y, el permanente dialogo entre los poderes públicos que conforman nuestro Estado de Derecho.

### 2.3. Mantener el vínculo entre el delito político y la participación en política cierra la posibilidad de que otros combatientes desmovilizados participen en política.

Al derogar la segunda parte del artículo 67 transitorio de la Constitución y dejar vigente la primera parte que establece: “Una ley estatutaria regulará cuáles serán los delitos considerados conexos al delito político para efectos de la posibilidad de participar en política.”, se mantiene el vínculo entre la participación en política y el concepto de delito político, lo cual resulta restrictivo frente a aquellos actores dentro del conflicto armado que no son considerados delincuentes políticos, como pueden ser los miembros retirados de la fuerza pública o quienes hacían parte de los grupos paramilitares, y a quienes en este momento se les proscriben la participación en política.

Si el fin último del proceso de justicia transicional que ha iniciado nuestro país es alcanzar la paz y la reconciliación de la sociedad colombiana, es necesario permitir que todos aquellos que quieran cambiar la guerra con armas por el debate con ideas lo pueda hacer, siempre y cuando se haya puesto al día en sus obligaciones con el pueblo colombiano y especialmente con las víctimas del conflicto.

En la medida en que no existen prohibiciones en derecho internacional ni en el derecho constitucional para la participación política de ex combatientes, no resulta necesario acudir a la figura del delito político para regular esta participación. Esto se refuerza si se tiene en cuenta que con el Proyecto de Acto Legislativo, no existirán delitos excluidos de la participación en política y que no resultaría conveniente para el proceso de implementación y la sostenibilidad de la paz, que el legislador estatutario pueda restringir esta participación.

En suma, el artículo 67 transitorio debería ser derogado en su totalidad.

### 3. El concepto de Responsabilidad del mando no cumple con los estándares internacionales.

En entrevista otorgada a la revista colombiana Semana, la Fiscal de la Corte Penal Internacional Fatou Bensouda manifestó su preocupación por el tratamiento que en el Acuerdo Final y en los desarrollos normativos derivados de él, se está dando al concepto de responsabilidad del mando. Afirmó la fiscal:

*“Aunque el concepto de responsabilidad de mando aparece claramente definido en el Estatuto de Roma, observo con cierta preocupación que en la versión final del acuerdo de paz se ha eliminado toda referencia directa al correspondiente artículo 28 del estatuto. No obstante, la definición que adopten en última instancia los legisladores tendrá que ajustarse plenamente a la definición establecida en el Estatuto de Roma. Esto garantizará que Colombia cumpla las obligaciones que emanan de tratados internacionales como Estado parte del Estatuto de Roma, mediante investigaciones y enjuiciamientos efectivos a nivel nacional, en consonancia con el principio de complementariedad. A fin de cuentas, la CPI es una corte de última instancia. El actual proyecto de ley contiene un lenguaje que podría ‘interpretarse’ como una limitación a la definición de responsabilidad de mando recogida en el Estatuto de Roma.”<sup>6</sup>*

El artículo 21 del Proyecto de Acto Legislativo, establece una serie de elementos que buscan restringir el concepto de “responsabilidad del mando” desarrollado en el derecho internacional, y de manera específica en el derecho penal internacional, cuerpo normativo que, incluso, no es tomado como una fuente jurídica aplicable al caso de los integrantes de la Fuerza Pública, restringiendo la determinación de la responsabilidad del mando a lo establecido en el “Código Penal colombiano, el Derecho Internacional Humanitario como ley especial, y las reglas operacionales de la Fuerza Pública en relación con el DIH”<sup>7</sup>.

En primer lugar, en el Proyecto *sub examine* se establece como requisito para que opere la responsabilidad del mando “(...) el conocimiento basado en la información a su disposición antes, durante, o después de la realización de la respectiva conducta (...)”. En segundo lugar, que la responsabilidad del superior debe fundarse en el “control efectivo de la respectiva conducta”. En tercer lugar, se desarrollan cuatro criterios para determinar la existencia del mando o control efectivo, en donde se destaca la inclusión de un factor territorial, según el cual, las conductas punibles deben haber “(...) sido cometidas dentro del área de responsabilidad asignada a la unidad bajo su mando según el nivel correspondiente (...)”. Ninguno de estos tres elementos hace parte del

---

<sup>6</sup> Revista Semana. El acuerdo de paz en Colombia demanda respeto, pero también responsabilidad. Nación. 21 de enero de 2017. Disponible en: <http://www.semana.com/nacion/articulo/deseo-corte-penal-internacional-justicia-transicional-en-colombia/512820>

<sup>7</sup> Texto aprobado en la Comisión Primera de la H. Cámara de Representantes del Proyecto de Acto Legislativo 02 de 2016 Cámara / Acumulado con el Proyecto de Acto legislativo 03 de 2016 Cámara. Pág. 15, artículo 21.

estándar de responsabilidad exigido en el derecho internacional.

La modificación del estándar normativo de “responsabilidad del mando” contenidas en el Proyecto de Acto Legislativo, hace más exigentes las condiciones necesarias para que un miembro de las FARC o de la Fuerza Pública sea considerado como un máximo responsable y en ese sentido seleccionado para ser juzgado ante la JEP. En la práctica, esos cambios se convertirían en una válvula de escape para evitar la responsabilidad, por ejemplo, de los miembros del Secretariado por conductas cometidas por sus subordinados.

A continuación, se explicarán las razones por las cuales los elementos incorporados al concepto de responsabilidad del mando, son más difíciles de cumplir que los exigidos en el nivel internacional, convirtiéndolo en un criterio penal inoperante. Para ese fin, en primer lugar, (i) se presentarán algunas consideraciones generales sobre el concepto, para posteriormente centrar la discusión en los estándares de (ii) control efectivo de la respectiva conducta, y (iii) conocimiento basado en la información a su disposición antes, durante y después de la realización de la respectiva conducta.

### 3.1. El concepto de responsabilidad del mando en el derecho internacional

Para Linnea Kortfält<sup>8</sup>, profesora de Derecho Internacional Humanitario de la Universidad de Estocolmo, la responsabilidad del mando tiene sus orígenes en el principio -propio del derecho militar- de que toda fuerza militar debe ser comandada por personas que sean responsables de sus subordinados, como se recoge en el numeral 1º del artículo 1 del Reglamento relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre anexo a la Convención de la Haya del 29 de julio de 1899 (Haya II)<sup>9</sup>.

La responsabilidad del mando, ha sido reconocido por el Comité Internacional de la Cruz Roja como una norma perteneciente a la costumbre internacional del derecho de los conflictos armados (DIH), según la cual: *“Los jefes y otros mandos superiores son penalmente responsables de los crímenes de guerra cometidos por sus subordinados si sabían, o deberían haber sabido, que éstos iban a cometer o estaban cometiendo tales crímenes y no tomaron todas las medidas razonables y necesarias a su alcance para evitar que se cometieran o, si ya se habían cometido, para castigar a los responsables”*<sup>10</sup>. Norma consuetudinaria, que encuentra sustento en lo establecido en los artículos 86 y 87 del Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las

---

<sup>8</sup> Ver KORTFÄLT, Linnea. Article 28 Statute of Rome – General Remarks: Responsibility of commanders and other superiors. En: KLAMBERG, Mark (Ed.). The Commentary on the Law of the International Criminal Court – CLICC. Disponible en: <https://www.casematrixnetwork.org/es/cmn-knowledge-hub/icc-commentary-clicc/>

<sup>9</sup> En el mencionado artículo se establece que: “Las leyes, los derechos y los deberes de la guerra no se refieren solamente al ejército sino también a las milicias y a los Cuerpos de voluntarios que reúnan las condiciones siguientes: | 1. Tener a la cabeza una persona responsable por sus subalternos”.

<sup>10</sup> HENCKAERTS, Jean-Marie y DOSWALD-BECK. El Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario. Comité Internacional de la Cruz Roja. Volumen 1. Buenos Aires. 2007. Norma 153, pp. 632 y ss.

víctimas de los conflictos armados internacionales, así como en la jurisprudencia internacional derivada de los juicios posteriores a la Segunda Guerra Mundial<sup>11</sup>, y del Tribunal Penal para la ex Yugoslavia<sup>12</sup>.

Al igual que en los conflictos armados internacionales, la aplicación de la responsabilidad del mando ha sido extendida a los conflictos armados no internacionales, como es el caso colombiano. Lo anterior se demuestra en los Estatutos de los principales tribunales penales internacionales *ad hoc* como es el caso del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia, el de Ruanda, el de Sierra Leona, el de Timor Oriental, y por supuesto, la Corte Penal Internacional de naturaleza no *ad hoc* sino permanente, los cuales le dan el siguiente tratamiento al tema:

- Estatuto del Tribunal Internacional para juzgar a los presuntos responsables de graves violaciones del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la ex-Yugoslavia a partir de 1991. Artículo 7, numeral 3º:

*“El hecho de que cualquiera de los actos contemplados en los artículos 2 a 5 del presente Estatuto haya sido cometido por un subordinado, no libera su superior de su responsabilidad penal si sabía o tenía razones para saber que el subordinado se aprestaba a cometer ese acto o ya lo hizo, y que el superior no tomó las medidas necesarias y razonables para impedir que dicho acto no fuera cometido, o para castigar a los autores”.*

- Estatuto del Tribunal Internacional para Ruanda. Artículo 6, numeral 3º:

*“El hecho de que cualquiera de los actos mencionados en los artículos 2 a 4 del presente Estatuto haya sido cometido por un subordinado no eximirá de responsabilidad penal a su superior si éste sabía o tenía razones para saber que el subordinado iba a cometer tales actos o los había cometido y no adoptó las medidas necesarias y razonables para impedir que se cometieran o para castigar a quienes los perpetraron”.*

- Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Artículo 28:

---

<sup>11</sup> Estados Unidos, Tribunal Militar de Nuremberg, Von Leeb (The High Command Trial) case (ibíd., párr. 657) y List (Hostages Trial) case (ibíd., párr. 658); Estados Unidos, Corte Suprema, Yamashita case (ibíd., párr. 659); Reino Unido, Tribunal Militar de Wuppertal, Rauer case (ibíd., párr. 656); Tribunal Militar Internacional de Tokyo, Case of the Major War Criminals (ibíd., párrs. 693 a 700) y Toyoda case (ibíd., párr. 701). Referenciados en HENCKAERTS et al. *Supra* Note 3, p. 632, Nota 42.

<sup>12</sup> TPIY, Martić case, examen del auto de procesamiento (ibíd., párr. 705), Karadžić and Mladić case, examen del auto de procesamiento (ibíd., párr. 706), Delalić case, fallo (ibíd., párr. 707); Aleksovski case, fallo (ibíd., párr. 708), Blaskić case, fallo (ibíd., párr. 709), Kunarac case, fallo (ibíd., párr. 711), Kordić and Cerkez case, fallo (ibíd., párr. 712), Krstić case, fallo (ibíd., párr. 713) y Kvočka case, fallo (ibíd., párr. 714). Referenciados en HENCKAERTS et al. *Supra* Note 3, p. 632, Nota 44.

*“Además de otras causales de responsabilidad penal de conformidad con el presente Estatuto por crímenes de la competencia de la Corte:*

*a) El jefe militar o el que actúe efectivamente como jefe militar será penalmente responsable por los crímenes de la competencia de la Corte que hubieren sido cometidos por fuerzas bajo su mando y control efectivo, o su autoridad y control efectivo, según sea el caso, en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre esas fuerzas cuando:*

- i) Hubiere sabido o, en razón de las circunstancias del momento, hubiere debido saber que las fuerzas estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos; y*
- ii) No hubiere adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir su comisión o para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento.*

*b) En lo que respecta a las relaciones entre superior y subordinado distintas de las señaladas en el apartado a), el superior será penalmente responsable por los crímenes de la competencia de la Corte que hubieren sido cometidos por subordinados bajo su autoridad y control efectivo, en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre esos subordinados, cuando:*

- i) Hubiere tenido conocimiento o deliberadamente hubiere hecho caso omiso de información que indicase claramente que los subordinados estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos;*
- ii) Los crímenes guardaren relación con actividades bajo su responsabilidad y control efectivo; y*
- iii) No hubiere adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir su comisión o para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento”.*

En desarrollo de lo dispuesto en su Estatuto, en el *Caso de Jean Paul Akayesu* mediante sentencia del 2 de septiembre de 1998, el Tribunal Internacional Penal para Ruanda, estableció que la responsabilidad de los superiores por los actos de sus subordinados era aplicable a los conflictos internos. En el marco de dicha decisión, la sala de juzgamiento del Tribunal analizó la particularidad de la responsabilidad de mando, concluyendo que ella difiere de otros tipos de responsabilidad en que “(...) *no se requiere que el superior haya actuado con conocimiento de que se hacía a sí mismo penalmente responsable, sino que bastaba con que tuviese razones suficientes para saber que sus subordinados estaban a punto de cometer o ya habían cometido un crimen y fallara en adoptar las medidas necesarias o razonables para prevenir dicho acto o para castigar a sus perpetradores*”.<sup>13</sup>

---

<sup>13</sup> Tribunal Internacional Penal para Ruanda. *Fiscal v. Jean Paul Akayesu*. Caso No. ICTR-96-4. Sentencia del 2 de septiembre de 1998. párr. 479. Traducción no oficial del texto originalmente en inglés: “Therefore, as can be seen, the forms of participation referred to in Article 6 (1), cannot render their perpetrator criminally liable where he did not act knowingly, and even where he should have had such knowledge. This greatly differs from

De igual forma, en el *Caso Hadzihasanovic y otros*, la Cámara de Apelaciones del Tribunal Internacional Penal para la ex Yugoslavia, determinó que la responsabilidad de mando no podía extenderse a los crímenes cometidos por subordinados antes de que el acusado asumiese el mando sobre él. Si bien la conclusión del Tribunal es que en el caso estudiado no aplicaba la responsabilidad del superior, para llegar a esa respuesta tuvo que analizar el contenido de la costumbre internacional en la materia, reconociendo su aplicación a los conflictos armados no internacionales.<sup>14</sup>

De lo anteriormente expuesto, se puede concluir que la responsabilidad del mando, es un concepto propio del derecho internacional que tiene unos estándares ampliamente construidos en materia penal. Lo anterior, se colige del Derecho Consuetudinario Internacional, del derecho convencional recogido en el Convenio de la Haya de 1899, en el Protocolo adicional I a los Convenios de Ginebra, en los Estatutos de los Tribunales Penales Internacional *ad hoc* y en la Corte Penal Internacional, y la jurisprudencia de tribunales penales internacionales.

Por esa razón, incluir nuevos elementos normativos a ese concepto, que contradigan lo dispuesto en el derecho internacional, que, como se evidenció, ha venido siendo aplicado en situaciones análogas a las afrontadas en el marco del conflicto armado en nuestro país, generaría tres consecuencias negativas para la implementación del Acuerdo de Paz: (i) una falta de legitimidad de las nuevas disposiciones que se quedarían sin más sustento que la voluntad de las partes en conflicto; (ii) el surgimiento de una contradicción con normas que hacen parte del bloque de constitucionalidad como lo es el Estatuto de Roma; y (iii) la posible activación de la competencia de la Corte Penal Internacional sobre aquellos que no hayan sido seleccionados como máximos responsables de crímenes internacionales como consecuencia de la aplicación del nuevo concepto de responsabilidad por el mando.

### 3.2. El criterio de control efectivo sobre la conducta criminal adoptado por el Acuerdo y el artículo 21 del Proyecto de Acto Legislativo

En el cambio incluido en el Acuerdo Final al concepto de responsabilidad de mando, el Gobierno Nacional y las FARC pretenden que el *control efectivo* que ejerce el superior, no sea sobre el subordinado, sino sobre la conducta específica que derivó en una violación a los derechos humanos

---

Article 6 (3) analyzed here below, which does not necessarily require that the superior acted knowingly to render him criminally liable; it suffices that he had reason to know that his subordinates were about to commit or had committed a crime and failed to take the necessary or reasonable measures to prevent such acts or punish the perpetrators thereof. In a way, this is liability by omission or abstention". Adicionalmente sobre el tema de responsabilidad por el mando, ver párrafos 486 a 490.

<sup>14</sup> Tribunal Internacional Penal para la ex Yugoslavia. Fiscal v. Enver Hadzihasanovic, Mehmed Alagic y Amir Kubura. Caso No. IT-01-47-AR72. Decisión del Auto Interlocutorio de competencia de la Cámara de Apelaciones. 16 de julio de 2003. párrs. 37 a 56.

o al DIH. Esa concepción, propia del criterio de control efectivo desarrollado por la Corte Internacional de Justicia para establecer la responsabilidad internacional de los Estados por hechos ilícitos cometidos por particulares, no tiene aplicación en el ámbito de la responsabilidad penal. La principal de las razones, no son comparables los estándares de juzgamiento de Estados por violaciones a sus obligaciones internacionales que aquellos propios del juzgamiento de individuos (personas naturales) por la comisión de actos criminales.

El concepto de control efectivo propio de la responsabilidad de mando en materia penal internacional, obedece a la relación superior – subordinado. Así lo recoge expresamente el Estatuto de Roma en su artículo 28: “(...) cometidos por fuerzas bajo su mando, y control efectivo, o su autoridad y control efectivo (...) en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre esas fuerzas”, dejando claro y sin lugar a controversia hermenéutica, que se trata de un control sobre las fuerzas y no sobre las acciones específicas cometidas por estas.

Corroborando lo anterior, la Cámara de Apelaciones del Tribunal Internacional Penal para la ex Yugoslavia en el Caso Mucic y otros, conocido como *Caso Celebici*, analizó la propuesta presentada por la Fiscalía, que, en el aspecto relevante para el presente estudio afirmó: “(...) la responsabilidad del mando implica una relación superior – subordinado en la que el superior efectivamente controle al subordinado, en el sentido que el superior posee la capacidad material para prevenir o castigar los delitos”.<sup>15</sup>

El Tribunal por su parte consideró que: “(...) la Cámara de juzgamiento aplicó el test correcto –si Delic [uno de los acusados] ejerció el control efectivo al tener la capacidad material para prevenir o castigar los crímenes cometidos por sus subordinados- (...)”.<sup>16</sup> En conclusión, la Corte fue clara al considerar que el control efectivo: (i) es del superior al subordinado, no a la conducta cometida; y (ii) es efectivo si el superior tiene la capacidad para prevenir o castigar la conducta criminal de su subordinado.

En el mismo sentido, la Corte Penal Internacional en el marco del *Caso Bemba*, reiteró en una decisión del 2009, que el control efectivo es una manifestación de la relación superior – subordinado

---

<sup>15</sup> Tribunal Internacional Penal para la ex Yugoslavia. Fiscal v. Zejnil Delalic, Zdravko Mucic (Aka “Pavo”), Hazim Delic y Esad Landžo (Aka “Zenga”). Caso Celebici. Caso No. IT-96-21-A. Sentencia de la Cámara de Apelaciones. 20 de febrero de 2001. párr. 295. Traducción no oficial del texto originalmente en inglés: “(...) command responsibility entails a superior-subordinate relationship in which the superior effectively controls the subordinate, in the sense that the superior possesses the material ability to prevent or punish the offences (...)”

<sup>16</sup> Ibid. párr. 305. Traducción no oficial del texto originalmente en inglés: “(...) the Appeals Chamber considers that the Trial Chamber essentially applied the correct test – whether Delic exercised effective control in having the material ability to prevent or punish crimes committed by subordinates – (...)”.

entre el sospechoso y las fuerzas o los subordinados en una relación jerárquica *de iure* o *de facto*.<sup>17</sup>

En conclusión, el elemento de control efectivo en la responsabilidad del mando, corresponde en el derecho internacional a una relación del subordinado con el superior, y no a la relación de este con el crimen cometido, como pretende la variación del estándar que pretende incorporar el Acuerdo.

### 3.3. El Conocimiento basado en la información a disposición del superior antes, durante y después de la realización de la conducta

Distinto a lo pretendido en el Acuerdo y ahora en el Proyecto de Acto, el concepto de responsabilidad del mando de las actividades realizadas por sus subordinados, no se compone de un estándar de acceso a la información, sino a uno de actuación diligente que se materializa en el artículo 28 del Estatuto de Roma y que implican que el superior será responsable de los actos cometidos por sus subordinados si él no hubiese ejercido un control apropiado, el cual se delimita por dos requisitos dependientes uno del otro:

- i) Hubiere sabido o, en razón de las circunstancias del momento, hubiere debido saber que las fuerzas estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos; y*
- ii) No hubiere adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir su comisión o para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento.*

En ese orden de ideas, el superior será responsable en los casos en que, habiendo tenido conocimiento de los actos vulneratorios de derechos de sus subordinados o habiendo tenido el deber de hacerlo, no actuó diligentemente adoptando todas las medidas necesarias para prevenir o reprimir la conducta criminal.

Por lo anterior, el estándar de responsabilidad del mando en el Acuerdo final entre el Gobierno y las FARC replicado en el Proyecto sometido a discusión, deberá contemplar esas condiciones –las expresamente indicadas en el artículo 28 del Estatuto de Roma– y no otras que, como se mencionó en la introducción a este escrito, puedan servir de puerta de escape para que un máximo responsable de los peores vejámenes se quede en la impunidad.

## **4. Estamos de acuerdo en ampliar la competencia de la JEP para privilegiar la efectiva investigación de crímenes de sistema, con cuidado de ampliarla a conductas completamente ajenas al conflicto armado**

---

<sup>17</sup> Corte Penal Internacional. Cámara de Pre-juzgamiento. Decisión respecto al Artículo 61(7)(a) y (b) del Estatuto de Roma con relación a los cargos presentados por la Fiscalía contra Jean-Pierre Bemba Gombo. Caso No. ICC-01/05-01/08. 15 de junio de 2009. párr. 411 y ss.

El artículo transitorio 20 del proyecto de Acto Legislativo establece que la JEP tendrá competencia *“sobre los delitos cometidos por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado y sin ánimo de obtener enriquecimiento personal indebido, o en caso de que existiera, sin ser este determinante de la conducta delictiva”*. Para el efecto, el proyecto incluye varios criterios, algunos más amplios que otros. En particular, el inciso (b) incluye criterios en relación con la *“influencia”* que el conflicto armado haya podido tener en el autor, partícipe o encubridor de la conducta punible, que dan a entender que conductas tales como la de las ejecuciones extrajudiciales llamadas *“falsos positivos”* entrarían bajo la jurisdicción de la JEP, cuestión que hasta el momento ha sido muy debatida en la comunidad nacional e internacional.

En relación con esta cuestión, estamos de acuerdo en que la mayoría de las ejecuciones extrajudiciales llamadas *“falsos positivos”*, podrían estar recogidas dentro de la definición más amplia de delitos cometidos por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado. Quizás se excluirían algunas conductas que, por las pruebas recogidas, evidencien sin lugar a dudas que se cometieron exclusivamente para obtener un lucro personal. El resto de conductas, gravísimas por lo demás, podrían ser conocidas por la JEP. Creemos que si bien pueden existir algunas dudas frente a algunos casos de los llamados *“falsos positivos”*, lo cierto es que el logro de los fines de la JEP se vería altamente afectado, si se desagregan las investigaciones sobre este fenómeno, y además, al hacerlo, el Estado podría incurrir en incumplimiento de sus obligaciones internacionales a (i) investigar, juzgar y sancionar adecuadamente crímenes de sistema y (ii) a satisfacer los derechos de las víctimas.

En relación con la primera obligación, varios organismos internacionales pero especialmente la Corte Interamericana de Derechos Humanos<sup>18</sup> han resaltado la importancia de investigar los hechos con una metodología de crímenes de sistema, es decir, con miras no solo a esclarecer los hechos puntuales sino a determinar las estructuras criminales complejas que permitieron la comisión de los delitos. Esta obligación solo podrá ser cumplida en la medida en que la JEP pueda tener acceso al conjunto de las ejecuciones extrajudiciales cometidas en el marco del conflicto armado, dentro de las cuales, resultan particularmente importante los llamados *“falsos positivos”*. Si se desagregan las investigaciones, volveremos a una lógica de investigaciones inconexas que no permitirán esclarecer las causas, circunstancias, motivos y máximos responsables de estos hechos.

En relación con la segunda obligación, lejos de afectar los derechos de las víctimas de agentes del Estado, ampliar la competencia de la JEP para conocer de los casos de falsos positivos protege sus derechos. Primero, porque como lo hemos mencionado no se garantizará adecuadamente el derecho a la justicia de las víctimas del conflicto armado sino se realizan las investigaciones con una

---

<sup>18</sup> Ver, por ejemplo, Corte IDH. Caso Manuel Cepeda Vargas Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de mayo de 2010. Serie C No. 213.

lógica de contexto y de investigación de crímenes de sistema que permita desentrañar –de llegar a existir-, estructuras criminales complejas. Segundo, se afecta el derecho a la verdad, ya que no se crean los incentivos necesarios para que miembros de la Fuerza Pública aporten la información necesaria para el esclarecimiento integral de los hechos y además no se le brindan las herramientas necesarias a la JEP para tomar decisiones respecto del alegato de la posible existencia prácticas respecto de este fenómeno.

Sin embargo, los criterios del artículo 20 deberán ser revisados para que no se corra el riesgo de que, con la buena intención de que estos delitos sean adecuadamente investigados, la JEP termine conociendo conductas que son completamente ajenas al conflicto armado. Preocupa en particular un criterio tan amplio como el que afirma que están relacionados con el conflicto armado aquellas conductas con el criterio de la “capacidad para cometerla, es decir, a que por razón del conflicto armado el perpetrador haya adquirido habilidades mayores que le sirvieron para ejecutar la conducta”.

#### **5. Existe un vacío en la norma que regula la revisión de sentencias y providencias**

De acuerdo con el artículo 9 del Proyecto de Acto Legislativo, la JEP podrá revisar las decisiones adoptadas por la Procuraduría General de la Nación, la Contraloría General de la República, y las sentencias proferidas por otras jurisdicciones, cuando se trate de conductas cometidas por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto, o con la protesta social.

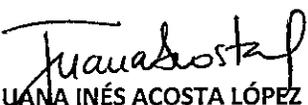
En el último inciso de esa disposición se establece que: *“La Corte Suprema de Justicia será la competente para la revisión de las sentencias que haya proferido. Únicamente para quienes hubieran sido condenados teniendo en cuenta la definición de quienes son combatientes según el Derecho Internacional Humanitario, podrá solicitarse la revisión de las anteriores sentencias ante la Sección de Revisión de la JEP.”.*

Consideramos que el mencionado segmento normativo, por un lado, genera un vacío en su aplicación, toda vez que quienes fueron condenados mediante una decisión de la Corte Suprema podrán solicitar la revisión ante ella, y quienes sean combatientes, podrán hacerlo ante la Sección de Revisión de la JEP, pero no se establece que sucede en los casos en que alguien haya sido encontrado responsable por delitos que tienen relación con el conflicto armado, que no son combatientes, pero que tampoco fueron condenados por la Corte Suprema. Esas personas no podrían acceder a esta última y tampoco a la JEP, por lo que estarían imposibilitados de acceder al beneficio de la revisión de las sentencias en su contra.

Por otro lado, se establece que en el caso de condenas proferidas por la Corte Suprema de Justicia, será este el Tribunal encargado de su revisión. Lo que no se especifica, es que los estándares en los que se debe fundamentar la Alta Corte no son los ordinarios, sino los propios de la Jurisdicción

Especial para la Paz. Por esa razón, para darle mayor claridad a una norma que se incorporará a la Carta Política, proponemos que la primera frase del inciso tercero del artículo 9 del Acto Legislativo rece: "La Corte Suprema de Justicia, teniendo en cuenta los criterios materiales de la justicia transicional, será la competente para la revisión de las sentencias que haya proferido."

Atentamente,



JUANA INÉS ACOSTA LÓPEZ

Directora del Programa de Derecho  
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas  
Universidad de La Sabana

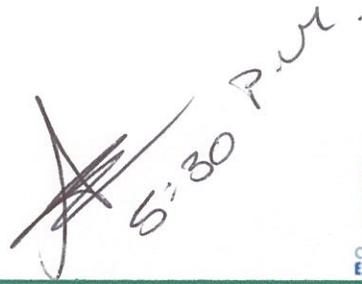


CARLOS ENRIQUE ARÉVALO NARVÁEZ

Jefe del Departamento de Derecho Internacional  
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas  
Universidad de La Sabana

\*Profesores coordinadores del Semillero de Investigación en Justicia Transicional de la Universidad de La Sabana.

Enio  
Enero 24/17  
3:30 PM

  
5:30 P.M.

Bogotá, D.C. 23 de enero 2017

**OBSERVACIONES SOBRE LOS PROYECTOS DE ACTO LEGISLATIVO**  
***Por los cuales se incorpora la Jurisdicción Especial para la Paz y otras disposiciones a la***  
***Constitución Nacional***

La ***justicia transicional*** es un elemento extraordinario y excepcional llamado a allanar el camino de la construcción de la paz y el restablecimiento de la convivencia política, con base en los principios de verdad, justicia, reparación y no repetición. Pero además, en un contexto como el colombiano, debe tener el potencial de contribuir al fortalecimiento del Estado de Derecho y de la legitimidad, la credibilidad y la respetabilidad de las instituciones. La construcción del marco jurídico conforme al cual se dará la implementación de este y otros componentes del Acuerdo Final para la terminación del conflicto armado con las FARC debe ser el resultado del más amplio debate nacional. **La existencia de mecanismos extraordinarios, acelerados y abreviados no exonera a ninguna de las ramas del Poder Público —pero en particular al Gobierno Nacional y al Congreso de la República— de la obligación, derivada de los principios sobre los que se funda el ordenamiento constitucional, de garantizar la deliberación pluralista, facilitar la ilustración de la opinión pública, y responder y atender las inquietudes de la ciudadanía.** Como lo han señalado algunos expertos, “sin un proceso más amplio de generación de consensos entre las distintas fuerzas políticas, en el que no sólo se puedan dar los debates, sino que además se logre acordar modificaciones que permitan superar algunas de las debilidades del acuerdo, las normas que surjan del *fast track* tendrán poca legitimidad”<sup>1</sup>.

De cara a la discusión en el Congreso de la República del Proyecto de Acto Legislativo (PAL) que crea la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP), el Instituto de Ciencia Política Hernán Echavarría Olózaga y la Corporación Excelencia en la Justicia quisieran llamar la atención de los Honorables Congressistas, del Gobierno Nacional y de la ciudadanía en general, sobre los siguientes asuntos, que a nuestro juicio no desconocen lo pactado en el Acuerdo – aun cuando tengamos varias objeciones sobre algunos de sus contenidos – pero que sí podrían servir para precisar y facilitar su implementación:

**I. CONTENIDOS DEL ACTO LEGISLATIVO**

- Dentro de las **funciones del Secretario Ejecutivo** se consagran únicamente la *administración, gestión y ejecución de recursos* de la JEP y la adopción de medidas cautelares para la preservación de los documentos. Este ámbito de competencias deja por

<sup>1</sup> Juanita Goebertus Estrada. *Lo bueno, lo malo y lo feo de la ley de amnistía*. El Tiempo, 16 de enero de 2017. Disponible en <http://www.eltiempo.com/politica/proceso-de-paz/ley-de-amnistia-lo-bueno-lo-malo-y-lo-feo/16794068>

fuera otras funciones que el Acuerdo le asigna al Secretario, que por lo tanto se quedarían sin sustento constitucional para su realización; entre ellas, la recepción de manifestaciones de sometimiento a la JEP y su contrastación con los listados entregados por las FARC y la elaboración de informes<sup>2</sup> para las salas.

- En el Artículo Transitorio 6 se hace referencia a la conformación de la JEP, incluyendo dentro de ella a las Salas de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad, de Amnistía e Indulto y de Definición de Situaciones Jurídicas, al Tribunal de Paz, a la Unidad de Investigación y Acusación y a la Secretaría Ejecutiva. Se señala también que la jurisdicción “contará además con un *Presidente*”, cuya relación con los demás órganos no es clara. Por ejemplo, no se precisa si sus competencias cobijarían a la Unidad de Investigación y Acusación o si esta contará con autonomía, que sería lo adecuado en un sistema acusatorio como el que se ha planteado que regirá la jurisdicción en los eventos en los que se surta un proceso contradictorio. También es necesario aclarar su relación con el Secretario Ejecutivo, que podría o no ser su subalterno<sup>3</sup>.
- En el Artículo Transitorio 13 se establece que *el régimen disciplinario* de los magistrados de la JEP será el previsto por la ley para “*magistrados y jueces* de otras jurisdicciones”; fórmula que resulta ambigua, pues el régimen disciplinario de un magistrado de Alta Corte no es el mismo que tienen los demás jueces de la Rama Judicial. Se sugiere precisar cuál será el régimen aplicable a estos funcionarios o en su defecto señalar que este será definido por la Ley.
- Las reglas previstas en materia de **revisión de tutelas** sujetan el ejercicio de las competencias propias de la Corte Constitucional a un **derecho de veto de facto** por parte de los magistrados de la JEP que formen parte de la sala de selección. En ese sentido, la jurisdicción constitucional queda subordinada a la JEP, lo cual ciertamente subvierte la sustancia de la Constitución Política que confía a la Corte Constitucional, y sólo a ella, “la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución”.

Somos conscientes de que esta fórmula se encuentra prevista en el Acuerdo. Sin embargo, la modificación que se hizo en el PAL -a nuestro juicio con buen criterio- para excluir al Consejo Superior de la Judicatura de la participación en la definición de los conflictos de

<sup>2</sup> Dentro de las responsabilidades que el Acuerdo le asigna al Secretario se encuentra la de “preparar un informe, con destino a la Sala de Amnistía e Indulto, la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas y la Sala de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad y Determinación de los Hechos y Conductas de la Jurisdicción Especial para la Paz, con el nombre y la identificación precisa de cada una de las personas que han manifestado su sometimiento a dicha jurisdicción en la cual conste la información básica pertinente, como por ejemplo, la Sala a la cual solicita acceder, la petición formulada, los elementos relevantes para calificar si la conducta mencionada tiene relación con el conflicto armado, y de existir un expediente, cuál es su ubicación y donde se encuentra a disposición de los órganos de la JEP en el evento de que deseen consultarlo”

<sup>3</sup> En el Estatuto de Roma, por ejemplo, se establece que expresamente que la Secretaría ejerce sus funciones bajo la autoridad del Presidente de la Corte.

competencia,<sup>4</sup> nos permite entender que sí existe la posibilidad de hacer ajustes al Acuerdo en los proyectos que se tramitarán por el Fast Track, que reduzcan problemas en la implementación o, como en este caso, que eviten el riesgo de que algunos de sus contenidos sean declarados inexequibles por sustituir la Constitución. Por ello, proponemos un ajuste a la fórmula, para que la decisión de veto no se tome por unanimidad, sino por mayoría de los miembros de la Sala Mixta que se encarga de decidir sobre la revisión de la tutela.

- El Artículo 6 del proyecto señala que la *revisión de sentencias* procede por “conductas cometidas por causa, con ocasión del conflicto y en relación con este o con la protesta social”. Con esta redacción podría entenderse que la protesta social es un supuesto independiente, sobre el cual no se exige que exista relación con el conflicto armado. Para no ampliar de manera injustificada la competencia de la JEP, se sugiere precisar que la protesta social también debe cumplir con el requisito de conexidad con el conflicto armado.
- Se debería incluir a los Magistrados de la JEP dentro del listado de funcionarios a los que se les prohíbe la *puerta giratoria*<sup>5</sup> incluida en el Acto Legislativo de Equilibrio de Poderes, pues se trata de otro cargo de la Rama Judicial, frente al cual no se encuentran razones para que sean excluidos de la inhabilidad que tienen los magistrados de las demás Altas Cortes.
- El PAL señala que la Unidad de Investigación y Acusación, quien es la encargada de “adelantar el ejercicio de la acción penal ante el Tribunal para la Paz”. Sobre este punto, es importante que se analice si la presentación de resoluciones de conclusiones ante el Tribunal para la Paz por parte de la Sala de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad no es otra manifestación del ejercicio de la acción penal, pues sus contenidos incluirán aspectos que equivalen a una acusación.

De ser así, se debería señalar expresamente esta función de la Sala de Reconocimiento en el PAL, para evitar que en el juicio de constitucionalidad de las leyes que desarrollarán la JEP se interprete que existe un monopolio en el ejercicio de la acción penal en cabeza de la Unidad de Investigación y Acusación y que por lo tanto la Sala de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad no puede presentar directamente las resoluciones de conclusiones ante el Tribunal de Paz.

- La autoridad y credibilidad del **Comité de Escogencia**, que tendrá a su cargo la conformación de los distintos órganos que integran el Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición, influirá en la legitimidad y estabilidad del Sistema en su

<sup>4</sup> En el PAL se reemplaza la participación del Consejo Superior de la Judicatura por la de la Corte Constitucional.

<sup>5</sup> De acuerdo con el Artículo 126 de la Constitución Política: “Quien haya ejercido en propiedad alguno de los cargos en la siguiente lista, no podrá ser reelegido para el mismo. Tampoco podrá ser nominado para otro de estos cargos, ni ser elegido a un cargo de elección popular, sino un año después de haber cesado en el ejercicio de sus funciones: Magistrado de la Corte Constitucional, de la Corte Suprema de Justicia, del Consejo de Estado, de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, Miembro de la Comisión de Aforados, Miembro del Consejo Nacional Electoral, Fiscal General de la Nación, Procurador General de la Nación, Defensor del Pueblo, Contralor General de la República y Registrador Nacional del Estado Civil”.

conjunto. Por ello las reglas que regirán su funcionamiento y responsabilidades, y la creación de mecanismos de rendición de cuentas y de veeduría ciudadana, revisten la mayor importancia y deben garantizar el escrutinio de la idoneidad, probidad e integridad de los funcionarios nominados.

Si bien en la ponencia para primer debate del proyecto se incluyeren criterios de publicidad, transparencia, participación, equidad de género y mérito para la reglamentación relacionada con la **conformación del comité**<sup>6</sup>, no se establece la obligación de que estos mismos principios sean tenidos cuenta en las nominaciones de magistrados y funcionarios que esta instancia realizará<sup>7</sup>, por lo que sugerimos que se haga precisión sobre este punto o que se ajuste la redacción en el evento en que esta haya sido la intención de la disposición.

- No hay claridad sobre la competencia para regular la organización de la JEP, pues mientras en el Artículo 5 Transitorio se señala que este asunto corresponde a la Ley, en el Artículo 10 se indica que los magistrados adoptarán “el reglamento de funcionamiento y organización de la JEP”. Con el fin de evitar confusiones, no sobraría aclarar que esta competencia se ejerce de conformidad con la Ley o en los aspectos no previstos por ésta.
- Aunque los proyectos de Acto Legislativo relativos al Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición reafirman el reconocimiento del **papel central de las víctimas** y de sus derechos, las meras declaraciones abstractas no son garantía de efectiva realización. El complejo normativo que desarrolle las disposiciones transitorias que se incorporen a la Constitución Nacional deberá contener prescripciones específicas orientadas a materializar los derechos de las víctimas —que son también derechos de la sociedad en su conjunto—, como podrían ser las relacionadas con los deberes de protección y asistencia.
- Compartimos algunas de las preocupaciones manifestadas por el Fiscal General de la Nación, en especial: a) la precisión de que la Comisión de Investigación y Acusaciones de la Cámara sólo es competente para investigar los delitos cometidos por los Presidentes en el ejercicio de su cargo, lo que querría decir que las conductas cometidas en un momento

---

<sup>6</sup> De acuerdo con el Artículo Transitorio 6: Los magistrados de la JEP, el director de la Unidad de Investigación y Acusación, los juristas expertos extranjeros que actuarán en calidad de amicus curiae, el Secretario Ejecutivo de la JEP, el Presidente o Presidenta inicial de la JEP, los comisionados de la Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición, y el director de la Unidad de Búsqueda de Personas dadas por Desaparecidas en el contexto y en razón del conflicto armado serán seleccionados por un Comité de Escogencia que gozará de autonomía e independencia y que será **conformado por reglamento expedido por el Gobierno Nacional, teniendo en cuenta los principios de publicidad, transparencia, participación ciudadana, equidad de género y criterios de mérito para su selección**”

<sup>7</sup> En el PAL solo se hace referencia a la participación equitativa entre hombres y mujeres, garantías de no discriminación y respeto a la diversidad étnica y cultural en la conformación de la JEP.

diferente tendrían que ser perseguidas y sancionadas por la JEP, dado su carácter preferente y la competencia exclusiva que le da el Acto Legislativo para conocer las conductas relacionadas con el servicio cometidas antes del 1° de diciembre de 2016. Aunque se suponía que este asunto había sido zanjado luego de la controversia que se suscitó a finales de 2015, la redacción del PAL no fue la adecuada, por lo que se sugiere establecer que en el caso de los expresidentes la comparecencia ante la JEP es voluntaria<sup>8</sup>. b) La contradicción entre el carácter “**exclusivo**” que tiene la JEP para administrar justicia respecto de las conductas cometidas en el marco del conflicto armado y el carácter “**voluntario**” de la jurisdicción para los terceros que no tuvieron una participación determinante en los delitos más graves y representativos<sup>9</sup>.

## II. ASPECTOS A TENER EN CUENTA EN LA LEY QUE DESARROLLARÁ LA ORGANIZACIÓN DE LA JEP

Entendemos que el Proyecto de Acto Legislativo debe cobijar solo los aspectos estructurales de la JEP, sin embargo, de su lectura surgen algunos interrogantes que nos obligan a anticiparnos a algunos contenidos que deberían ser tenidos en cuenta en la Ley<sup>10</sup> que desarrollará su organización, entre los que se cuentan:

- **Requisitos para los magistrados de las Salas.** En el PAL se establecen los requisitos para ser magistrado del Tribunal de Paz, pero no los requisitos para ser Magistrado de Sala, que según el Acuerdo debían ser los mismos de un magistrado de Tribunal Superior de Distrito Judicial. Si esto no se precisa en el Acto Legislativo, debería ser regulado por la Ley que desarrolle la organización de la JEP, en la cual además debería incluirse como énfasis el conocimiento del DIH, los Derechos Humanos o la resolución del conflictos, requisitos que se encuentran previstos en el Acuerdo y que consideramos adecuados para las funciones que se desempeñarán. La experiencia en derecho penal también debería ser incluida como uno de los criterios preferentes.
- **Mecanismos de selección de empleados.** En el PAL se precisa que el Director de la Unidad de Investigación y Acusación será el encargado de seleccionar y nombrar con *plena autonomía* a los fiscales y profesionales que harán parte de su dependencia, pero no se dice nada respecto de la selección de los empleados que integrarán las Salas y las secciones del Tribunal de Paz. Este tema que deberá ser aclarado en la ley que desarrolle la organización

<sup>8</sup> Jurisdicción Especial de Paz no juzgaría a expresidentes: Humberto de la Calle. Caracol Radio, 29 de septiembre de 2015. [http://caracol.com.co/radio/2015/09/29/nacional/1443489982\\_697006.html](http://caracol.com.co/radio/2015/09/29/nacional/1443489982_697006.html)

<sup>9</sup> Numeral 50 del Acuerdo de Paz.

<sup>10</sup> De acuerdo con el Artículo 7 del PAL “La ley regulará entre otros los principios, organización, competencias entre ellas por el factor personal, procedimientos y régimen de sanciones conforme a lo definido en el Acuerdo de Jurisdicción Especial para la Paz”. Salvo que se establezca lo contrario en el PAL, entendemos que la ley que desarrolle la organización tiene naturaleza estatutaria, por referirse a aspectos nucleares de la Administración de Justicia, lo que significa que tendría control previo de constitucionalidad ante la Corte.

de la JEP, precisando además si en este caso también se dará discrecionalidad para la selección o si se establecerá un régimen de carrera especial que garantice la meritocracia en los nombramientos.

- **Rendición de cuentas.** Para generar confianza en el funcionamiento de la JEP, es importante que se establezca expresamente su obligación de rendir cuentas a la ciudadanía, preferiblemente a través de audiencias públicas en las que se permita la intervención de la sociedad civil. También se debería realizar un informe de cierre de la jurisdicción al momento en que esta culmine sus funciones transitorias.
- **Competencia de la Unidad de Investigación y Acusación.** Para evitar paralelismos con las funciones de la Fiscalía General de la Nación, se debe dejar en claro, como lo hace el Acuerdo<sup>11</sup>, desde qué momento esta pierde su competencia para investigar los hechos relacionados con el conflicto armado. Esto es especialmente importante si se tiene en cuenta que la relación “directa o indirecta” con éste, que constituye un criterio para la definición de competencia, es un asunto difuso que irá siendo decantado por la jurisprudencia.
- **Organización interna de la JEP.** Tratándose de una jurisdicción sin precedentes en el país, es necesario que el proyecto de ley que desarrolle su organización otorgue la suficiente flexibilidad para que pueda adaptarse conforme al aprendizaje que deje su propio funcionamiento. Se debe evitar la creación de dependencias estrictas que para ser modificadas requieran de una nueva reforma legal como ocurre actualmente en la Fiscalía General de la Nación<sup>12</sup> y en la Rama Judicial<sup>13</sup> que cuentan con estructuras poco flexibles que impiden su oportuna adaptación al cambio. En esta medida, se deberían evitar alusiones concretas a dependencias internas de la jurisdicción y en su lugar establecer los responsables y procedimientos que se deben surtir para que la organización pueda realizar sus ajustes en la medida de sus necesidades.

El ICP y la CEJ, como organizaciones independientes de la sociedad civil, seguirán haciendo el seguimiento y observación minuciosa del proceso de implementación del Acuerdo Final, e invitan

---

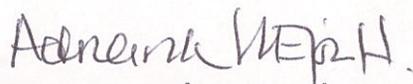
<sup>11</sup> Según el Acuerdo: “La Fiscalía General de la Nación o el órgano investigador de cualquier otra jurisdicción que opere en Colombia, continuarán adelantando las investigaciones hasta el día en que la Sala, una vez concluidas las etapas anteriormente previstas, - salvo la recepción de los reconocimientos de verdad y responsabilidad, los cuales siempre deberán ser posteriores al recibimiento en la Sala de la totalidad de investigaciones efectuadas respecto a la conducta imputada-, anuncie públicamente que en tres meses presentará al Tribunal para la Paz su resolución de conclusiones (...)”.

<sup>12</sup> Las Direcciones de la Fiscalía General de la Nación se encuentran definidas en el Decreto Ley 016 de 2014.

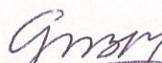
<sup>13</sup> Por ejemplo, la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia señala que la Dirección Ejecutiva contará con Unidades de Planeación, Recursos Humanos, Presupuesto e Informática. También señala que los juzgados estarán integrados por el juez titular, el secretario, asistentes y auxiliares, lo cual ha sido una limitante para la modificación de los modelos de gestión.

a otras organizaciones y ciudadanos a sumarse a este ejercicio. Al mismo tiempo, ponen a disposición del Gobierno Nacional y del Congreso de la República todas sus capacidades, en aras de la construcción de un mecanismo que sirva para ampliar el debate público, construir entendimientos entre los distintos sectores políticos y sociales, tramitar las inquietudes de la ciudadanía, y evitar así que la construcción de la paz sea simplemente el resultado de la legalización formal y automática de los compromisos de La Habana.

Cordialmente,



**ADRIANA MEJÍA HERNÁNDEZ**  
Directora Ejecutiva  
Instituto de Ciencia Política



**GLORIA MARÍA BORRERO RESTREPO**  
Directora Ejecutiva  
Corporación Excelencia en la Justicia

## Las Víctimas en el centro del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición

Ese fue el compromiso del Gobierno Nacional y las FARC cuando se acordó el punto 5 de la Agenda de negociación y de manera específica a la hora de proponer un sistema para el restablecimiento de los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia, la reparación y la no repetición. Por tanto, celebramos que el Acto Legislativo que discute hoy el Congreso de la República en el Capítulo I donde propone un Artículo transitorio en la constitución para la creación del sistema, parte de los principios de reconocimiento de las víctimas como ciudadanos con derechos, del reconocimiento de que debe existir verdad plena sobre lo ocurrido, de reconocimiento de responsabilidad de todos los que participaron en el conflicto de manera directa e indirecta y se vieron involucrados de alguna manera en graves violaciones a los derechos humanos y graves infracciones al Derecho Internacional Humanitario y finalmente, de satisfacción de los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia, la reparación y la no repetición, pero consideramos que también debería incluirse como principio orientador **La participación de las víctimas** tal y como lo establece el Acuerdo firmado el pasado el 24 de noviembre de 2016,

*“La discusión sobre la satisfacción de los derechos de las víctimas de graves violaciones de derechos humanos e infracciones al Derecho Internacional Humanitario con ocasión del conflicto, requiere necesariamente de la participación de las víctimas, por diferentes medios y en diferentes momentos.”<sup>1</sup>*

De esta manera las víctimas serán tenidas en cuenta <sup>en</sup> todos los mecanismos y medidas que integran el Sistema, siempre y cuando el Estado brinde las garantías materiales y logísticas necesarias para facilitar su participación, y se comprometa con la institucionalización de un mecanismo para consultar periódicamente a las víctimas organizadas y no organizadas del país durante el diseño y desarrollo legislativo del Acuerdo de Paz; que sea ágil y efectivo y que permita el posicionamiento de nuestras recomendaciones y propuestas. Acción que proveería de mayor legitimidad al Acuerdo en términos de implementación y que más que una propuesta, es una exigencia que debería materializarse YA.

Por otro lado, a la Mesa Nacional de Víctimas pertenecientes a Organizaciones Sociales le preocupa que el Acto legislativo no contemple las acciones acordadas para garantizar la no repetición, componente sin el cual se limita la integralidad del sistema y cuyo desarrollo normativo y constitucional podría convertirse en la mayor muestra de voluntad estatal con el fin de la guerra y especialmente con el desmonte de estructuras criminales sucesoras del paramilitarismo. En este sentido, dos propuestas:

1. Incluir en el Acto Legislativo la prohibición constitucional del paramilitarismo así como la promoción de organizaciones violentas de la promoción, financiación o empleo oficial y/o privado de estructuras o prácticas paramilitares, en cumplimiento de lo establecido en el Acuerdo Final en el punto 3.4.2. sobre el Pacto Político Nacional, que afirma que

<sup>1</sup> Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera, 24 de noviembre de 2011, página 124.

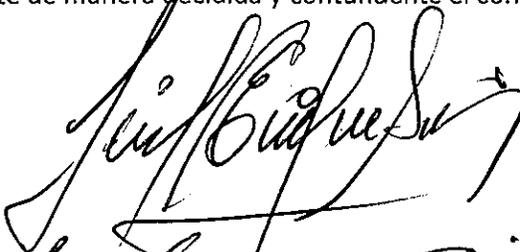
Recibido  
Enose 24/17  
6:20 pm  
William P. Mill.  
AA

*"el Gobierno Nacional se compromete a poner en marcha el proceso legislativo necesario para incorporar a la Constitución la prohibición de la promoción, organización, financiación o empleo oficial y/o privado de estructuras o prácticas paramilitares y a desarrollar las normas necesarias para su aplicación, que incluirán una política de persecución penal, sanciones administrativas y disciplinarias. Además se contemplarán medidas de sometimiento a la justicia. Este pacto buscará la reconciliación nacional y la convivencia pacífica entre colombianos/as."*<sup>2</sup>

Este es el momento <sup>WCA</sup> para oportuno para que el Gobierno Nacional empiece a cumplir con este compromiso; la situación de amenaza, persecución y asesinato sistemático de defensores y defensoras de derechos humanos y líderes y lideresas sociales es cada vez más grave y requiere de todos los esfuerzos políticos que puedan sumarse para detenerla, pero más importante aún, para prevenirla.

2. Establecer de manera clara la articulación de la Unidad ~~de la Unidad~~ Especial de investigación para el desmantelamiento de las organizaciones y conductas criminales responsables de homicidios y masacres, que atentan contra defensores/as de derechos humanos, movimientos sociales o movimientos políticos, que amenacen o atenten contra las personas que participen en la implementación de los acuerdos y la construcción de la paz, incluyendo las organizaciones criminales que hayan sido denominadas como sucesoras del paramilitarismo y sus redes de apoyo, con el Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición, puesto que aunque en el Acuerdo se define como un mecanismo que se creará en el marco de la jurisdicción ordinaria, deberá mantener una estrecha relación e intercambiar la información que sean necesaria con la Jurisdicción Especial para la Paz y la Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición.

Ha sido una premisa de todo el proceso, <sup>que</sup> la Paz se construirá con el concurso de todas y todos, pero no es posible afirmar esto, si se excluye a las víctimas de los pasos que se dan en su edificación y si no se avanza en la materialización de acciones que tracen la ruta hacia la no repetición. Las víctimas reiteramos nuestro firme apoyo a este primer momento de discusión del cronograma legislativo para la paz, pero exigimos que el debate sea público, incluyente y que respete de manera decidida y contundente el compromiso de que las víctimas estén en el centro.

  
Luis Enrique Sierra Santos CC# 19350830. Bto  
cel 3103040500. info@Fundexco.org  
Mesa Nacional de Víctimas Pert. a Org Sociales

<sup>2</sup> Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera, 24 de noviembre de 2016, página 80.

General Mendieta.

Bogotá D.C., 24 de enero de 2017

Señor

TELÉSFORO PEDRAZA ORTEGA

Senador Presidente

Comisión Primera del Senado de la Republica

#### PROPOSICION

Presentamos 3 líneas importantes en:

- Es necesario mostrar el cómo se van a reparar las víctimas y como se va a restaurar el daño.
- La exclusión social de las víctimas de las Farc
- La justicia restaurativa

Y nos acogemos a la proposiciones de la senadora Sofia Gaviria Correa.

Por el presente medio me permito presentar la siguiente proposición al **proyecto de acto legislativo 02 de 2016 cámara / acumulado con el proyecto de acto legislativo 03 de 2016 cámara**, "por medio del cual se crea un título de disposiciones transitorias de la constitución para la terminación del conflicto armado y la construcción de una paz estable y duradera y se dictan otras disposiciones", a fin que el **artículo transitorio 1 del artículo 1** del mismo quede con la siguiente redacción:

**ARTÍCULO 1.** La Constitución Política tendrá un nuevo título transitorio, así: **TÍTULO TRANSITORIO. DE LAS NORMAS PARA LA TERMINACIÓN DEL CONFLICTO ARMADO Y LA CONSTRUCCIÓN DE UNA PAZ ESTABLE Y DURADERA**

#### **CAPÍTULO I. SISTEMA INTEGRAL DE VERDAD, JUSTICIA, REPARACIÓN Y NO REPETICIÓN**

**Artículo transitorio 1. Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición (SIVJRN).** El Sistema integral estará compuesto por los siguientes mecanismos y medidas: la Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición; la Unidad para la Búsqueda de Personas dadas por Desaparecidas en el contexto y en razón del conflicto armado; la Jurisdicción Especial para la Paz; las medidas de reparación integral para la construcción de paz y las garantías de no repetición.

El Sistema Integral parte del principio de reconocimiento de las víctimas como ciudadanos con derechos; del reconocimiento de que debe existir verdad plena sobre lo ocurrido; del principio de reconocimiento de responsabilidad por parte de todos quienes participaron de manera directa o indirecta en el conflicto y se vieron involucrados de alguna manera ~~en graves~~ violaciones a los

derechos humanos e ~~y graves~~ infracciones al Derecho Internacional Humanitario; del principio de satisfacción de los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia, la reparación y la no repetición; y el principio de rendición judicial de cuentas, de confesión de todos sus hechos y esclarecimiento de toda la verdad de los grupos victimarios que suscriban acuerdos con el Gobierno Nacional.

El Sistema es integral, para que las medidas logren un máximo de justicia y de rendición de cuentas sobre las violaciones a los derechos humanos e infracciones al DIH ocurridas a lo largo del conflicto. La integralidad del Sistema contribuye también al esclarecimiento judicial de la verdad del conflicto y la construcción de la memoria histórica.

El Sistema Integral hará especial énfasis en medidas restaurativas y reparadoras, y pretende alcanzar justicia no solo con sin excluir sanciones retributivas a ninguno de los responsables. Uno de los paradigmas orientadores de la JEP será la aplicación de una justicia restaurativa que preferentemente busca la restauración del daño causado y la reparación de las víctimas afectadas por el conflicto, especialmente para acabar la situación de exclusión social que les haya provocado la victimización. La justicia restaurativa atiende prioritariamente las necesidades y la dignidad de las víctimas y se aplica con un enfoque integral que garantiza la justicia, la verdad y la no repetición de lo ocurrido.

Los distintos mecanismos y medidas de verdad, justicia, reparación y no repetición, en tanto parte de un sistema que busca una respuesta integral a las víctimas, no pueden entenderse de manera aislada. Estarán interconectados a través de relaciones de condicionalidad y de incentivos para acceder y mantener cualquier tratamiento especial de justicia, siempre fundados en el reconocimiento de verdad y responsabilidades, la confesión de todos sus hechos y el esclarecimiento de la verdad judicial. El cumplimiento de estas condicionalidades será verificado por la Jurisdicción Especial para la Paz.

Ningún escrito judicial o extrajudicial consignará excusas o justificaciones ni apología de los actos inhumanos, degradantes o de las violaciones de derechos humanos o crímenes de guerra.

Bogotá D.C., 24 de enero de 2017

Señor

**TELÉSFORO PEDRAZA ORTEGA**

Senador Presidente

Comisión Primera del Senado de la Republica

## PROPOSICION

Por el presente medio me permito presentar la siguiente proposición al **proyecto de acto legislativo 02 de 2016 cámara / acumulado con el proyecto de acto legislativo 03 de 2016 cámara**, “por medio del cual se crea un título de disposiciones transitorias de la constitución para la terminación del conflicto armado y la construcción de una paz estable y duradera y se dictan otras disposiciones”, a fin que el **artículo transitorio 2** del mismo quede con la siguiente redacción:

**Artículo transitorio 2. La Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición.** La Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición será un ente autónomo del orden nacional con personería jurídica, con autonomía administrativa, presupuestal y técnica, sujeta a un régimen legal propio.

La Comisión será un órgano temporal, su duración no puede superar el tiempo de duración del tribunal de paz, y de carácter extra-judicial, que busca conocer la verdad de lo ocurrido en el marco del conflicto y contribuir al esclarecimiento de las violaciones e infracciones cometidas en el mismo y ofrecer una explicación amplia de su complejidad a toda la sociedad; promover el reconocimiento de las víctimas y el reconocimiento voluntario de las responsabilidades individuales o colectivas de quienes participaron directa e indirectamente en el conflicto armado; y promover la convivencia en los territorios para garantizar la no repetición. La Ley reglamentará el mandato, funciones, composición, controles y funcionamiento de la Comisión.

Las actividades de la Comisión no tendrán carácter judicial, ni podrán implicar la imputación penal de quienes comparezcan ante ella. La información que reciba o produzca la Comisión ~~no podrá~~ **deberá** ser trasladada por esta a autoridades judiciales para ser utilizada con el fin de atribuir responsabilidades en procesos judiciales o disciplinarios o para tener valor probatorio; ~~ni~~ **y** las autoridades Judiciales o disciplinarias podrán requerírsela.

Bogotá D.C., 24 de enero de 2017

Señor

TELÉSFORO PEDRAZA ORTEGA

Senador Presidente

Comisión Primera del Senado de la Republica

## PROPOSICION

Por el presente medio me permito presentar la siguiente proposición al **proyecto de acto legislativo 02 de 2016 cámara / acumulado con el proyecto de acto legislativo 03 de 2016 cámara**, “por medio del cual se crea un título de disposiciones transitorias de la constitución para la terminación del conflicto armado y la construcción de una paz estable y duradera y se dictan otras disposiciones”, a fin que el **artículo transitorio 3** del mismo quede con la siguiente redacción:

**Artículo transitorio 3. Unidad de Búsqueda de Personas dadas por Desaparecidas en el contexto y en razón del conflicto armado.** La Unidad de Búsqueda de Personas dadas por Desaparecidas en el contexto y en razón del conflicto armado será un ente del orden nacional con personería jurídica y con autonomía administrativa, presupuestal y técnica. La Unidad de Búsqueda de Personas dadas por Desaparecidas en el contexto y en razón del conflicto armado tendrá carácter humanitario y extrajudicial y dirigirá, coordinará y contribuirá a la implementación de acciones humanitarias encaminadas a la búsqueda y localización de personas dadas por desaparecidas en el contexto y en razón de conflicto armado que se encuentren con vida y en los casos de fallecimiento, cuando sea posible, la identificación y entrega digna de sus restos. La Ley reglamentará la naturaleza jurídica, mandato, funciones, composición, y funcionamiento de la Unidad.

**Las acciones humanitarias que desarrolle La Unidad de Búsqueda de Personas dadas por Desaparecidas en el contexto y en razón del conflicto armado, estará coordinada con las organizaciones de víctimas de los grupos que suscriban acuerdos con el Gobierno Nacional, para las actividades relacionadas con esas víctimas.**

Bogotá D.C., 24 de enero de 2017

Señor

TELÉSFORO PEDRAZA ORTEGA

Senador Presidente

Comisión Primera del Senado de la Republica

#### PROPOSICION

Por el presente medio me permito presentar la siguiente proposición al **proyecto de acto legislativo 02 de 2016 cámara / acumulado con el proyecto de acto legislativo 03 de 2016 cámara**, “por medio del cual se crea un título de disposiciones transitorias de la constitución para la terminación del conflicto armado y la construcción de una paz estable y duradera y se dictan otras disposiciones”, a fin que el **artículo transitorio 4** del mismo quede con la siguiente redacción:

**Artículo transitorio 4. ~~Excepción al~~ Deber de denuncia.** Para garantizar el adecuado funcionamiento de la Comisión para el esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición y de la Unidad de Búsqueda de Personas dadas por Desaparecidas en el contexto y en razón del conflicto, sus funcionarios y el personal que les preste servicios estarán **sometidos al ~~exentos del~~ deber de denuncia** y **no** podrán ser obligados a declarar en procesos judiciales, **siempre y aún**, cuando el conocimiento de tales hechos haya sido en desarrollo de sus respectivas funciones misionales.

**Parágrafo.** De ser requeridos por la Jurisdicción Especial para la Paz, por otras autoridades competentes o por la Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición, quienes en desarrollo de las funciones propias de la Unidad de Búsqueda de Personas dadas por Desaparecidas en el contexto y en razón del conflicto armado hayan realizado los informes técnico forenses deberán ratificar y explicar lo concerniente a esos informes y los elementos materiales asociados al cadáver.

Bogotá D.C., 24 de enero de 2017

Señor

**TELÉSFORO PEDRAZA ORTEGA**

Senador Presidente

Comisión Primera del Senado de la Republica

## PROPOSICION

Por el presente medio me permito presentar la siguiente proposición al **proyecto de acto legislativo 02 de 2016 cámara / acumulado con el proyecto de acto legislativo 03 de 2016 cámara**, “por medio del cual se crea un título de disposiciones transitorias de la constitución para la terminación del conflicto armado y la construcción de una paz estable y duradera y se dictan otras disposiciones”, a fin que el **artículo transitorio 5** del mismo quede con la siguiente redacción:

### **CAPÍTULO III. JURISDICCIÓN ESPECIAL PARA LA PAZ**

**Artículo transitorio 5. Jurisdicción Especial para la Paz.** La Jurisdicción Especial para la Paz (JEP) administrará justicia de manera transitoria y autónoma y conocerá de manera preferente sobre todas las demás jurisdicciones y de forma exclusiva de las conductas cometidas con anterioridad al 1 de diciembre de 2016, por causa, con ocasión y en relación directa o indirecta con el conflicto armado, por quienes participaron en el mismo, en especial, **más no exclusivamente**, respecto a conductas consideradas graves infracciones al Derecho Internacional Humanitario o graves violaciones de los Derechos Humanos. **La JEP integrará la rama judicial ordinaria.** En relación con los integrantes de organizaciones que suscriban acuerdos de paz con el Gobierno, el tratamiento especial de justicia se aplicará también respecto a conductas estrechamente vinculadas al proceso de dejación de armas.

**Sólo estarán relacionados con la dejación de armas los delitos de porte ilegal de armas y demás delitos políticos. No están relacionados con la dejación de armas los delitos continuados de reclutamiento de menores, cultivos producción o comercialización de estupefacientes, secuestro, extorsión, homicidio, explotación ilegal de minas, entre otros.**

La JEP al adoptar sus resoluciones o sentencias hará una calificación jurídica propia del Sistema respecto a las conductas objeto del mismo, calificación que se basará en el Código Penal Colombiano y/o en las normas de Derecho Internacional en materia de Derechos Humanos (DIDH), Derecho Internacional Humanitario (DIH) o Derecho Penal Internacional (DPI), siempre con aplicación obligatoria del principio de favorabilidad.

Para acceder a cualquier tratamiento especial de justicia previsto en la Jurisdicción Especial para la Paz del Sistema Integral, quienes hayan cometido conductas punibles por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado, deberán contribuir al esclarecimiento de la verdad, **confesar sus crímenes dentro del conflicto**, reparar a las víctimas y garantizar la no repetición. Quien aporte de manera dolosa información falsa, o incumpla cualquiera de las condiciones del sistema, perderá el tratamiento especial de justicia.

Se prohíbe negociar con grupos ilegales sin previo cese de hostilidades, incluidos los delitos continuados contra la población; sin verificar la liberación de secuestrados y menores de edad reclutados, y la entrega de información sobre todos los desaparecidos, fosas y minas antipersonales.

Al momento de suscribir un acuerdo de renegociación definitivo la organización, y cada uno de los desmovilizados, deben como requisitos de acceso a la justicia transicional, el grupo armado ilegal y cada uno de sus miembros, al suscribir un acuerdo con el Gobierno, dejarán las armas y garantizarán la desmovilización plena, bajo verificación por sus víctimas, y entregarán información detallada de delitos continuados, menores reclutados, secuestrados, fosas, estructura del grupo, zonas de influencia, armas y modus operandi, los bienes colectivos e individuales de sus miembros y cooperantes, rutas, mapas de minas antipersonales, disidentes, proveedores, financiadores, aliados y testaferros.

Los desmovilizados de grupos ilegales que incumplan los compromisos transicionales o reincidan, perderán todos los beneficios de la justicia transicional, incluso la posibilidad de extradición, y se someterán a las penas y medidas de la jurisdicción ordinaria.

Los desmovilizados no podrán portar armas, ni pertenecer a organismos de seguridad pública o privada, ni a organismos de inteligencia, unidades o salas técnicas de investigación delictiva, ni podrán estar en zonas donde tuvieron relación con cultivo, producción o comercialización de estupefacientes, actividades extorsivas o terroristas, hasta haber cumplido sus penas.

La ley regulará entre otros los principios, organización, competencias entre ellas por el factor personal, procedimientos y régimen de sanciones conforme a lo definido en el Acuerdo de Jurisdicción Especial para la Paz.

**Parágrafo.** La creación y el funcionamiento de la Jurisdicción Especial para la Paz no modificarán las normas vigentes aplicables a las personas que hayan ejercido la Presidencia de la República, de conformidad con lo establecido en el artículo 174 de la Constitución Política de Colombia, **durante el tiempo que hubiere ejercido la Presidencia.** En caso de que ante la JEP obre una información que comprometa a una persona que haya ejercido la Presidencia de la República, dicha información se remitirá a la Cámara de Representantes para lo de su competencia, remisión que se efectuará en el momento que se considere adecuado por la JEP, después de haber realizado las verificaciones pertinentes.

Bogotá D.C., 24 de enero de 2017

Señor

TELÉSFORO PEDRAZA ORTEGA

Senador Presidente

Comisión Primera del Senado de la Republica

## PROPOSICION

Por el presente medio me permito presentar la siguiente proposición al **proyecto de acto legislativo 02 de 2016 cámara / acumulado con el proyecto de acto legislativo 03 de 2016 cámara**, “por medio del cual se crea un título de disposiciones transitorias de la constitución para la terminación del conflicto armado y la construcción de una paz estable y duradera y se dictan otras disposiciones”, a fin que el **artículo transitorio 6** del mismo quede con la siguiente redacción:

**Artículo transitorio 6. Conformación.** La Jurisdicción estará compuesta por la Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas; la Sala de Definición de las situaciones jurídicas; la Sala de Amnistía o Indulto; el Tribunal para la Paz; la Unidad de Investigación y Acusación, y la Secretaría Ejecutiva. La Jurisdicción contará además con un Presidente.

El Tribunal para la Paz es el órgano de cierre y la máxima instancia de la Jurisdicción Especial para la Paz, **la cual estará sometida en forma armónica a la rama judicial**. Estará conformado por dos secciones de primera instancia, una Sección de Revisión de Sentencias, una Sección de Apelación y la Sección de Estabilidad y Eficacia. El Tribunal para la Paz estará conformado por un mínimo de 20 magistrados colombianos titulares. Además se contará con 4 juristas expertos extranjeros que intervendrán excepcionalmente, en las mismas condiciones que los magistrados pero sin derecho a voto, como *amicus curiae* a solicitud de las personas sometidas a la jurisdicción o de oficio.

Las Salas de reconocimiento de verdad, de responsabilidad y de determinación de los hechos y conductas; de definición de las situaciones jurídicas; y de amnistía o indulto estarán conformadas por un total de 18 magistrados colombianos. Además se contará con 6 juristas expertos extranjeros que intervendrán excepcionalmente, en las mismas condiciones que los magistrados pero sin derecho a voto, como *amicus curiae* a solicitud de las personas sometidas a la jurisdicción o de oficio.

Además estarán a disposición de la JEP 13 magistrados colombianos adicionales en calidad de magistrados suplentes o sustitutos, y 4 juristas expertos extranjeros para intervenir como *amicus curiae* suplentes o sustitutos. En caso de que se requiera, el pleno de magistrados de la Jurisdicción hará los nombramientos necesarios de la lista de magistrados suplentes o sustitutos o de la lista de juristas extranjeros suplentes o sustitutos, seleccionados por el Comité de Escogencia.

La Unidad de Investigación y Acusación realizará las investigaciones correspondientes y adelantará el ejercicio de la acción penal ante el Tribunal para la Paz, para lo cual podrá solicitar la colaboración de la Fiscalía General de la Nación y establecer acuerdos de cooperación con esta.

Igualmente podrá solicitar a otros órganos competentes del Estado o a organizaciones de derechos humanos y de víctimas, que informen respecto de hechos sobre los cuales no se cuente con información suficiente. El Director de la Unidad será escogido por el Comité de Escogencia señalado en el párrafo de este artículo. La Unidad estará integrada por un mínimo de 16 fiscales colombianos. Los fiscales serán nombrados y posesionados por el Director de la Unidad, quien tendrá plena autonomía para seleccionarlos y nombrarlos así como a los demás profesionales que requiera para hacer parte de la Unidad.

Los magistrados y fiscales **no** tendrán que ser funcionarios de carrera y no se les aplicará ninguna limitación de edad como requisito para su designación o permanencia en el cargo. Igualmente, **no** se les aplicará el sistema de carrera ni tendrán que pertenecer a la rama judicial.

Para ser elegido Magistrado del Tribunal para la Paz deberán reunirse los requisitos señalados en el artículo 232 de la Constitución Política, salvo en lo relacionado con el límite de edad.

La Secretaría Ejecutiva se encargará de la administración, gestión y ejecución de los recursos de la Jurisdicción Especial para la Paz. El Secretario Ejecutivo podrá adoptar medidas cautelares anticipadas para preservar documentos relacionados con el conflicto armado, conforme a la ley.

Todas las sentencias del Tribunal para la Paz, así como las resoluciones de las Salas de la JEP que definan situaciones jurídicas, harán tránsito a cosa juzgada cuando estén en firme y se garantizará su inmutabilidad.

La Jurisdicción deberá ser conformada con criterios de participación equitativa entre hombres y mujeres, garantías de no discriminación y respeto a la diversidad étnica y cultural.

**Parágrafo:** Los magistrados de la JEP, el director de la Unidad de Investigación y Acusación, los juristas expertos extranjeros que actuarán en calidad de *amicus curiae*, el Secretario Ejecutivo de la JEP, el Presidente o Presidenta inicial de la JEP, los comisionados de la Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición, y el director de la Unidad de Búsqueda de Personas dadas por Desaparecidas en el contexto y en razón del conflicto armado serán seleccionados por un Comité de Escogencia, **en el cual los grupos ilegales que serán juzgados por esta jurisdicción no pueden tener ninguna participación ni en su selección, conformación o funcionamiento**, que gozará de autonomía e independencia y que será conformado por reglamento expedido por el Gobierno Nacional, teniendo en cuenta los principios de publicidad, transparencia, participación ciudadana, equidad de género y criterios de mérito para su selección. El Secretario Ejecutivo de la JEP será designado por el Responsable del Mecanismo de Monitoreo y Verificación de la Organización de Naciones Unidas y confirmado por el Comité de Escogencia.

Los miembros del Comité de Escogencia **no** asumirán **ninguna la** responsabilidad personal **respectiva** por la selección de los magistrados, comisionados y demás funcionarios que deben escoger en virtud de este artículo transitorio. En relación con los funcionarios de la JEP, el Secretario Ejecutivo nominará a las personas seleccionadas por el Comité, quienes se posesionarán ante **el Congreso de la Republica. el Presidente de la República.**

Bogotá D.C., 24 de enero de 2017

Señor

TELÉSFORO PEDRAZA ORTEGA

Senador Presidente

Comisión Primera del Senado de la Republica

## PROPOSICION

Por el presente medio me permito presentar la siguiente proposición al **proyecto de acto legislativo 02 de 2016 cámara / acumulado con el proyecto de acto legislativo 03 de 2016 cámara**, “por medio del cual se crea un título de disposiciones transitorias de la constitución para la terminación del conflicto armado y la construcción de una paz estable y duradera y se dictan otras disposiciones”, a fin que el **artículo transitorio 7** del mismo quede con la siguiente redacción:

**Artículo transitorio 7. Acciones de tutela contra acciones u omisiones de la JEP.** La acción de tutela procederá contra las acciones u omisiones de los órganos de la Jurisdicción Especial para la Paz, que hayan violado, violen o amenacen los derechos fundamentales.

La acción de tutela en contra de las providencias judiciales que profiera la JEP procederá solo por una manifiesta vía de hecho o cuando la afectación del derecho fundamental sea consecuencia directa por deducirse de su parte resolutive y se hubieran agotado todos los recursos al interior de la Jurisdicción Especial para la Paz, no existiendo mecanismo idóneo para reclamar la protección del derecho vulnerado o amenazado. En el caso de violaciones que se realicen por afectación al debido proceso, deberá interponerse tras haber agotado el recurso procedente ante los órganos de la JEP. **La tutela podrá interponerse de manera transitoria PARA EVITAR PERJUICIO IRREMEDIABLE, cuando se compruebe efectivamente que Inminencia, urgencia, gravedad e impostergabilidad de la tutela.**

Las peticiones de acción de tutela deberán ser presentadas ante el Tribunal para La Paz, único competente para conocer de ellas. La primera instancia será decidida por la Sección de Revisión. La segunda por la Sección de Apelaciones. El fallo de tutela podrá ser revisado por la Corte Constitucional de conformidad con las siguientes reglas:

La decisión sobre la selección del fallo a revisar en tutela será adoptada por una sala conformada por ~~dos~~ **cuatro** magistrados de la Corte Constitucional escogidos por sorteo ~~y dos magistrados de la Jurisdicción Especial para la Paz~~. El fallo será seleccionado si los cuatro magistrados votan a favor de la selección.

Las sentencias de revisión serán proferidas por la Sala Plena de la Corte Constitucional. Si esta encuentra que el derecho invocado ha sido vulnerado, así lo declarará precisando en qué consiste la violación, **y podrá sin** anular, invalidar o dejar sin efectos la decisión del órgano de la Jurisdicción Especial para la Paz ~~ni tampoco sin~~ excluirse los hechos y conductas analizados en la acción de tutela de la competencia de la Jurisdicción Especial para la Paz. La sentencia será remitida al Tribunal para la Paz para que adopte la decisión que corresponda respetando el derecho amparado. La providencia, resolución o acto del órgano de la JEP expedido en

cumplimiento de la sentencia de la Corte Constitucional no podrá ser objeto de una nueva acción de tutela. **Cuando subsistan las causas de la tutela original, procederá el desacato.**

Bogotá D.C., 24 de enero de 2017

Señor

TELÉSFORO PEDRAZA ORTEGA

Senador Presidente

Comisión Primera del Senado de la Republica

#### PROPOSICION

Por el presente medio me permito presentar la siguiente proposición al **proyecto de acto legislativo 02 de 2016 cámara / acumulado con el proyecto de acto legislativo 03 de 2016 cámara**, “por medio del cual se crea un título de disposiciones transitorias de la constitución para la terminación del conflicto armado y la construcción de una paz estable y duradera y se dictan otras disposiciones”, a fin que el **artículo transitorio 8** del mismo quede con la siguiente redacción:

**Artículo transitorio 8. Asuntos de competencia.** Los conflictos de competencia entre cualquier jurisdicción y la JEP serán dirimidos por una Sala Incidental conformada por 3 magistrados de la Corte **Constitucional Suprema** elegidos por esta y 3 magistrados de las salas o secciones de la JEP no afectadas por dicho conflicto jurisdiccional. Estos últimos serán elegidos por la plenaria de la JEP. La decisión se adoptará en la Sala Incidental por mayoría simple y en caso de no alcanzarse una mayoría, ~~en aplicación del carácter preferente de la Jurisdicción Especial para la Paz, resolverá el Presidente de esta Jurisdicción,~~ **por 3 magistrados de la Corte Constitucional elegidos por ésta.**

En el reglamento de la JEP se establecerán los mecanismos de articulación y coordinación con la Jurisdicción Especial Indígena y se incluirán la forma y la oportunidad en que las decisiones adoptadas o por adoptar por las autoridades tradicionales correspondientes sobre conductas de competencia de la JEP pasarán a conocimiento de esta.

**La jurisdicción indígena prevalecerá sobre las demás jurisdicciones conforme a la jurisprudencia de la Corte Constitucional, en los asuntos de su competencia.**

Bogotá D.C., 24 de enero de 2017

Señor

TELÉSFORO PEDRAZA ORTEGA

Senador Presidente

Comisión Primera del Senado de la Republica

## PROPOSICION

Por el presente medio me permito presentar la siguiente proposición al **proyecto de acto legislativo 02 de 2016 cámara / acumulado con el proyecto de acto legislativo 03 de 2016 cámara**, “por medio del cual se crea un título de disposiciones transitorias de la constitución para la terminación del conflicto armado y la construcción de una paz estable y duradera y se dictan otras disposiciones”, a fin que el **artículo transitorio 9** del mismo quede con la siguiente redacción:

**Artículo transitorio 9. Revisión de sentencias y providencias.** A petición del condenado la JEP podrá revisar las decisiones sancionatorias de la Procuraduría General de la Nación o de la Contraloría General de la República y las sentencias proferidas por otra jurisdicción por: variación de la calificación jurídica conforme al artículo transitorio 5 y al inciso primero del artículo 19; por aparición de nuevos hechos que no pudieron ser tenidos en cuenta con anterioridad; o cuando surjan pruebas no conocidas o sobrevinientes no conocidas al tiempo de la condena, todo lo anterior por conductas cometidas por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto, o con la protesta **social pacífica**, siempre que se cumplan las condiciones del Sistema.

La revisión de sentencias por la JEP no tendrá nunca como consecuencia la exigencia de responsabilidad de ningún tipo a los jueces que las hubieran proferido como consecuencia del contenido de las mismas.

La Corte Suprema de Justicia **y la Jurisdicción Indígena** serán **la** competentes para la revisión de las sentencias que haya proferido. ~~Únicamente para quienes hubieran sido condenados teniendo en cuenta la definición de quienes son combatientes según el Derecho Internacional Humanitario, podrá solicitarse la revisión de las anteriores sentencias ante la Sección de Revisión de la JEP.~~ Para efectos de la revisión de **sentencias providencias** por parte de la Sección de Revisión de la JEP, se entenderá por combatiente a todos los miembros de la Fuerza Pública y a los miembros de las FARC-EP conforme a los listados entregados por dicho grupo y verificados según lo establecido en el Acuerdo Final o a quien haya sido señalado como tal en una sentencia en firme.

Bogotá D.C., 24 de enero de 2017

Señor

TELÉSFORO PEDRAZA ORTEGA

Senador Presidente

Comisión Primera del Senado de la Republica

#### PROPOSICION

Por el presente medio me permito presentar la siguiente proposición al **proyecto de acto legislativo 02 de 2016 cámara / acumulado con el proyecto de acto legislativo 03 de 2016 cámara**, “por medio del cual se crea un título de disposiciones transitorias de la constitución para la terminación del conflicto armado y la construcción de una paz estable y duradera y se dictan otras disposiciones”, a fin que el **artículo transitorio 10** del mismo quede con la siguiente redacción:

**Artículo transitorio 10. Sustitución de la sanción penal.** Cuando no proceda la renuncia a la persecución penal, la Sala de Revisión del Tribunal para la Paz, a solicitud de la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas, decidirá sobre la sustitución de la sanción penal proferida por la justicia ordinaria, imponiendo las sanciones propias o alternativas de la Jurisdicción Especial para la Paz, siempre y cuando el condenado **confiese y** reconozca verdad completa, detallada y exhaustiva, dependiendo del momento en el que efectúe tal reconocimiento **y confesión**, y siempre que cumpla las demás condiciones del sistema respecto a la satisfacción de los derechos de las víctimas a la reparación y a la no repetición. Dicha sustitución nunca podrá agravar la sanción previamente impuesta.

Cuando la Sección de Revisión del Tribunal para la Paz verifique que el componente de restricción de libertades y derechos que habría de imponerse ya se ha cumplido, así lo declarará en la providencia de sustitución. De lo contrario, ordenará la ejecución de la sanción propia o alternativa del Sistema. En todo caso, la Sección de Revisión ordenará la ejecución del componente restaurativo de la sanción en caso de que proceda.

Bogotá D.C., 24 de enero de 2017

Señor

TELÉSFORO PEDRAZA ORTEGA

Senador Presidente

Comisión Primera del Senado de la Republica

## PROPOSICION

Por el presente medio me permito presentar la siguiente proposición al **proyecto de acto legislativo 02 de 2016 cámara / acumulado con el proyecto de acto legislativo 03 de 2016 cámara**, "por medio del cual se crea un título de disposiciones transitorias de la constitución para la terminación del conflicto armado y la construcción de una paz estable y duradera y se dictan otras disposiciones", a fin que el **artículo transitorio 11** del mismo quede con la siguiente redacción:

**Artículo transitorio 11. Procedimiento y reglamento.** Los magistrados que integran la JEP estarán facultados para elaborar las normas procesales que regirán esta jurisdicción y que deberán ser presentadas por el Gobierno Nacional **para aprobación del** Congreso de la República. Estas normas deberán garantizar los principios de imparcialidad, independencia judicial, debida motivación, publicidad, debido proceso, contradicción, derecho a la defensa, presunción de inocencia, favorabilidad, libertad de escoger abogado acreditado para ejercer en cualquier país, participación de las víctimas según los parámetros establecidos en el Acuerdo Final y doble instancia en el marco de un modelo adversarial. El Procurador General de la Nación, por sí o por sus delegados y agentes, **no** intervendrá en los procesos que se sigan ante la Jurisdicción Especial para la Paz, **en garantía de las víctimas y del debido proceso.**

Cuando un testigo declare contra alguna persona por conductas de competencia de la Jurisdicción Especial para la Paz a cambio de obtener beneficios procesales o punitivos de cualquier naturaleza, el valor probatorio de su testimonio estará supeditado a que el contenido del mismo sea corroborado por otros medios de prueba.

En las actuaciones que adelanten los órganos de la Jurisdicción Especial para la Paz no se podrá presumir el carácter masivo o sistemático de las conductas punibles investigadas, ni que el hecho ha sido cometido como parte de un plan o política o como parte de la comisión en gran escala de tales crímenes; todo ello deberá acreditarse de conformidad con prueba legalmente producida.

Sin incluir normas procesales, los magistrados de la JEP adoptarán, en el ejercicio de su autonomía, el reglamento de funcionamiento y organización de la JEP, respetando los principios de imparcialidad, independencia y las garantías del debido proceso, evitando cualquier nueva victimización y prestando el debido apoyo a las víctimas conforme a lo establecido en los estándares internacionales pertinentes. **Sus decisiones, procedimientos y normas penales estarán acordes a la jurisprudencia constitucional y ordinaria de la Corte Constitucional, la Corte suprema de justicia y el Consejo de Estado; sus magistrados no dictarán normas procedimentales ni harán interpretaciones fuera de las normas preestablecidas. La caducidad y prescripción de delitos de esta jurisdicción, iniciarán desde el acuerdo.** El reglamento establecerá un mecanismo para la integración de una Sección del Tribunal para la Paz que garantice la

estabilidad, eficacia y cumplimiento de las resoluciones y sentencias de la JEP, y fijará el procedimiento que esta deba aplicar para el desarrollo de sus funciones.

**Los desmovilizados de grupos ilegales estén obligados a asistir a audiencias públicas transmitidas por medios audiovisuales y vías streaming ante las víctimas y responder a todos sus reclamos. Deberán declarar y confesar la verdad completa, detallada y exhaustiva de manera individual, reconocer su responsabilidad sin justificarlos o negar los hechos. El silencio es delito. La omisión de la verdad completa se califica como mentira.**

Bogotá D.C., 24 de enero de 2017

Señor

**TELÉSFORO PEDRAZA ORTEGA**

Senador Presidente

Comisión Primera del Senado de la Republica

## PROPOSICION

Por el presente medio me permito presentar la siguiente proposición al **proyecto de acto legislativo 02 de 2016 cámara / acumulado con el proyecto de acto legislativo 03 de 2016 cámara**, "por medio del cual se crea un título de disposiciones transitorias de la constitución para la terminación del conflicto armado y la construcción de una paz estable y duradera y se dictan otras disposiciones", a fin que el **artículo transitorio 12** del mismo quede con la siguiente redacción:

**Artículo transitorio 12. Sanciones.** Las sanciones que imponga la JEP tendrán como finalidad esencial satisfacer los derechos de las víctimas y consolidar la paz. Deberán tener la mayor función restaurativa y reparadora del daño causado, siempre en relación con el grado de **confesión**, reconocimiento de verdad y responsabilidad. Las sanciones podrán ser propias, alternativas u ordinarias y en todos los casos se impondrán en los términos previstos en los numerales 60, 61, 62 y en el listado de sanciones del sub-punto 5.1.2 del Acuerdo Final.

**Los máximos responsables de los crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y genocidio, que suscriban acuerdo con el Gobierno Nacional, no son indultables, serán sancionados como mínimo con medidas intramurales de 5 a 8 años, sin alternatividad ni suspensión penal, deben cumplir medidas efectivas y reales, proporcionales a los daños causados en un establecimiento carcelario ya existente o una colonia penal con medidas de reclusión de similares características. Todos los condenados y procesados penales de la justicia ordinaria recibirán por una vez, al entrar en vigencia esta norma, reajuste de sus penas en proporción a las acordadas con las Farc, y el restablecimiento de derechos políticos, incluso a ser elegidos, una vez cumplan sus condenas, ingresen a procesos de resocialización, y cumplan con los derechos a sus víctimas.**

**Artículo transitorio 13. Régimen sancionatorio de los magistrados de la JEP.** Los magistrados de la JEP estarán sometidos al mismo régimen especial penal previsto para los magistrados de la Corte Suprema de Justicia, así como al régimen disciplinario previsto por la ley para jueces y magistrados de las otras jurisdicciones. En todo caso, no podrá exigírseles en ningún tiempo responsabilidad por los votos y opiniones emitidas en sus providencias judiciales, proferidas en ejercicio de su independencia funcional, sin perjuicio de la responsabilidad a la que haya lugar por favorecer indebidamente intereses propios o ajenos o extralimitarse en sus funciones. Una comisión integrada por un magistrado de cada Sala y un magistrado de cada Sección del Tribunal para la Paz que será elegida conforme al reglamento de la JEP, adoptará las medidas disciplinarias que correspondan conforme a la ley.

Los magistrados de la Jurisdicción Especial para la Paz estarán sometidos a las causales de impedimentos definidas por la ley procesal penal vigente.

Bogotá D.C., 24 de enero de 2017

Señor

TELÉSFORO PEDRAZA ORTEGA

Senador Presidente

Comisión Primera del Senado de la Republica

## PROPOSICION

Por el presente medio me permito presentar la siguiente proposición al **proyecto de acto legislativo 02 de 2016 cámara / acumulado con el proyecto de acto legislativo 03 de 2016 cámara**, “por medio del cual se crea un título de disposiciones transitorias de la constitución para la terminación del conflicto armado y la construcción de una paz estable y duradera y se dictan otras disposiciones”, a fin que el **artículo transitorio 14** del mismo quede con la siguiente redacción:

**Artículo transitorio 14. Entrada en funcionamiento y plazo para la conclusión de las funciones de la JEP.** La JEP entrará en funcionamiento a partir de la aprobación de este Acto Legislativo sin necesidad de ninguna norma de desarrollo, sin perjuicio de la aprobación posterior de las normas de procedimiento y lo que establezca el reglamento de dicha jurisdicción.

El plazo para la conclusión de las funciones de la JEP consistentes en la presentación de acusaciones por la Unidad de Investigación y Acusación, de oficio o como consecuencia de las resoluciones de la Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y Determinación de los Hechos y las Conductas, será de 10 años contados a partir de la entrada efectiva en funcionamiento de la totalidad de salas y secciones de la JEP, y un plazo posterior de 5 años más para concluir su actividad jurisdiccional, ~~plazo este último que de ser necesario podrá ser prorrogado mediante ley, para concluir su actividad, a solicitud de los magistrados de la JEP. los procesos inconclusos pasarán a la corte suprema de justicia.~~ El plazo para recibir informes por la Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y Determinación de los Hechos y las conductas será de 2 años desde que se haya constituido la totalidad de las salas y secciones de la JEP y podrá prorrogarse por la misma Sala hasta completar un periodo máximo de 3 años, salvo causa excepcional debidamente motivada en la que el plazo podrá ser moderadamente extendido por la Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y Determinación de los Hechos y las conductas.

En todo caso y sin limitación temporal alguna podrá constituirse, en cualquier momento en que resulte necesaria, la Sección de estabilidad y eficacia de resoluciones y sentencias que estará en la Corte Suprema de Justicia, de conformidad con lo dispuesto en el inciso 2 del artículo 6 transitorio y en el inciso final del artículo 11 transitorio de este Acto Legislativo.

Bogotá D.C., 24 de enero de 2017

Señor

TELÉFORO PEDRAZA ORTEGA

Senador Presidente

Comisión Primera del Senado de la Republica

#### PROPOSICION

Por el presente medio me permito presentar la siguiente proposición al **proyecto de acto legislativo 02 de 2016 cámara / acumulado con el proyecto de acto legislativo 03 de 2016 cámara**, “por medio del cual se crea un título de disposiciones transitorias de la constitución para la terminación del conflicto armado y la construcción de una paz estable y duradera y se dictan otras disposiciones”, a fin que el **artículo transitorio 15** del mismo quede con la siguiente redacción:

#### CAPÍTULO IV. REPARACIÓN INTEGRAL EN EL SISTEMA INTEGRAL DE VERDAD, JUSTICIA, REPARACIÓN Y NO REPETICIÓN

**Artículo transitorio 15. Reparación Integral en el Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No repetición.** En el marco del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición, el Estado garantizará el derecho a la reparación a las víctimas de **graves** violaciones a los derechos humanos e infracciones al Derecho Internacional Humanitario que hayan sufrido daños, individual o colectivamente con ocasión del conflicto armado. La reparación será garantizada por el Estado de manera integral, adecuada, diferenciada y efectiva, priorizando la distribución de las medidas de reparación entre las víctimas teniendo en cuenta el universo de víctimas del conflicto armado y buscando la igualdad en el acceso y la equidad en la distribución de los recursos disponibles, y dando preferencia en la atención a los sujetos de especial protección constitucional.

Las víctimas de cada grupo ilegal

Los victimarios repararán con sus bienes colectivos e individuales, conforme al inventario de daños causados, sin condicionar las víctimas a reconciliarse ni plazo para registrarse, deben previamente cumplirles antes de recibir beneficios. Se complementará con recursos estatales definidos en rubro del PGN, priorizarán los municipios con más víctimas, incluirá recursos de cooperación y se destinarán a las víctimas. Los victimarios no controlarán los recursos.

Se priorizará a las víctimas, sus organizaciones y defensores de derechos humanos sobre los victimarios en presupuesto, atención, garantías, ejecución, difusión, desestigmatización y protección en toda medida o decisión social, económica, política, judicial o humanitaria, incluido acceso a tierras, vivienda, educación, salud, vinculación laboral, contratación, planes nacionales o asignación de curules en corporaciones públicas. También en la participación en proporción 6 a 1 respecto a sus victimarios o delegados de estos, en la planificación, decisión, ejecutoria, verificación, seguimiento, evaluación, control y veeduría sobre el desarrollo de los acuerdos y sus recursos, en toda política, programa, comisión y entidad legislativa, administrativa y ciudadana que se creen o conformen, en razón de los acuerdos, con medición de satisfacción de derechos y cumplimiento de compromisos.

**Ningún escrito judicial o extrajudicial consignará excusas o justificaciones ni apología de los actos inhumanos, degradantes o de las violaciones de derechos humanos o crímenes de guerra.**

**Se prohíbe durante 50 años la divulgación y uso de la simbología, himnos, insignias, usos y costumbres del grupo ilegal alusivos a su existencia. Los diseños y ubicación de los monumentos del posconflicto, deberán ser elegidos por sus víctimas sin apología a los victimarios.**

**Parágrafo.** En los casos en que se aplique amnistía, indulto o renuncia a la persecución penal, **no** procederán acciones judiciales contra los beneficiarios de tales medidas para la indemnización de las víctimas. En todo caso, **deberán confesar todos sus crímenes y** contribuir al esclarecimiento de la verdad, a la reparación de las víctimas y garantizar la no repetición.

Bogotá D.C., 24 de enero de 2017

Señor

**TELÉFORO PEDRAZA ORTEGA**

Senador Presidente

Comisión Primera del Senado de la Republica

## PROPOSICION

Por el presente medio me permito presentar la siguiente proposición al **proyecto de acto legislativo 02 de 2016 cámara / acumulado con el proyecto de acto legislativo 03 de 2016 cámara**, "por medio del cual se crea un título de disposiciones transitorias de la constitución para la terminación del conflicto armado y la construcción de una paz estable y duradera y se dictan otras disposiciones", a fin que el **artículo transitorio 16** del mismo quede con la siguiente redacción:

### **CAPÍTULO V. EXTRADICIÓN**

**Artículo transitorio 16. Sobre la extradición.** No se podrá conceder la extradición ni tomar medidas de aseguramiento con fines de extradición respecto de hechos o conductas objeto de este Sistema y en particular de la Jurisdicción Especial para la Paz, ocasionados u ocurridos durante el conflicto armado interno o con ocasión de este hasta la finalización del mismo, trátense de delitos amnistiables o de delitos no amnistiables, y en especial por ningún delito político, de rebelión o conexo con los anteriores, ya hubieran sido cometidos dentro o fuera de Colombia.

Dicha garantía de no extradición alcanza a todos los integrantes de las FARC-EP y a personas acusadas de formar parte de dicha organización, por cualquier conducta realizada con anterioridad a la firma del acuerdo final, para aquellas personas que se sometan al SIVJNR.

**Perderán este beneficio de no extradición quienes no confiesen sus crímenes, quienes reincidan o incumplan los compromisos de la JEP, incluida la reparación de las víctimas.**

Cuando se alegue, respecto de un integrante de las FARC-EP o de una persona acusada de ser integrante de dicha organización, que la conducta atribuida en la solicitud de extradición hubiere ocurrido con posterioridad a la firma del Acuerdo Final, la Sección de Revisión del Tribunal para la Paz evaluará la conducta atribuida para determinar la fecha precisa de su realización y decidir el procedimiento apropiado. En el evento de que la conducta hubiere ocurrido con anterioridad a la firma del Acuerdo Final o cuando se trate de una conducta estrechamente vinculada al proceso de dejación de armas y que hubiere tenido lugar antes de concluir este, la remitirá a la Sala de Reconocimiento para lo de su competencia, en este supuesto excluyendo siempre la extradición. De haber sido posterior a la firma del Acuerdo Final y no estar estrechamente vinculada al proceso de dejación de armas, la remitirá a la autoridad judicial competente para que sea investigada y juzgada en Colombia, sin excluir la posibilidad de extradición.

Únicamente respecto de conductas cometidas con anterioridad a la firma del acuerdo final, cuando exista una solicitud de extradición respecto de familiares hasta el segundo grado de consanguinidad o primero de afinidad, de integrantes de las FARC-EP o de una persona acusada o señalada en una solicitud de extradición de ser integrante de dicha organización, este supuesto podrá ser sometido a la Sección de Revisión del Tribunal para la Paz para que decida si la solicitud

obedece a hechos o conductas relacionados con la pertenencia, o acusación de pertenencia, a las FARC-EP del familiar del solicitado en extradición. De obedecer a esta causa, por tratarse de un señalamiento o acusación por conductas que nunca antes han sido objeto de solicitudes de extradición ni reúnen las condiciones para ello, la Sección podrá denegar la extradición y en ese caso decidir si el hecho o la conducta es competencia del SIVJRN o si debe ser investigada o juzgada por la jurisdicción penal ordinaria colombiana. El anterior supuesto deberá ser sometido a la Sección de Revisión por cualquiera de los antiguos integrantes de las FARC-EP que hubieren suscrito el Acuerdo Final de Paz.

La JEP deberá resolver las cuestiones que se le planteen referidas a la extradición en un plazo no superior a 120 días, salvo en casos justificados que dependan de la colaboración de otras instituciones.

Bogotá D.C., 24 de enero de 2017

Señor

TELÉSFORO PEDRAZA ORTEGA

Senador Presidente

Comisión Primera del Senado de la Republica

## PROPOSICION

Por el presente medio me permito presentar la siguiente proposición al **proyecto de acto legislativo 02 de 2016 cámara / acumulado con el proyecto de acto legislativo 03 de 2016 cámara**, “por medio del cual se crea un título de disposiciones transitorias de la constitución para la terminación del conflicto armado y la construcción de una paz estable y duradera y se dictan otras disposiciones”, a fin que el **artículo transitorio 17** del mismo quede con la siguiente redacción:

### **CAPÍTULO VI. PARTICIPACIÓN EN POLÍTICA**

**Artículo transitorio 17. Participación en política.** La imposición de cualquier sanción en la JEP no inhabilitará para la participación política ni limitará el ejercicio de ningún derecho, activo o pasivo, de participación política.

**La participación política de autores materiales e intelectuales de crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y genocidio, que suscriban acuerdos con el Gobierno Nacional, no ocurrirá antes de cumplir con la totalidad de las condenas intramurales y las obligaciones de verdad, justicia, reparación y garantías de no repetición a sus víctimas.**

**Parágrafo 1:** Respecto a aquellas personas que pertenezcan a organizaciones rebeldes que hayan firmado un acuerdo de paz con el Gobierno, a efectos de reincorporación, quedarán en efecto suspensivo las condenas derivadas de delitos competencia del Tribunal para la Paz impuestas por la justicia ordinaria o disciplinaria, hasta que estas condenas hayan sido tratadas por la Jurisdicción Especial para la Paz para lo de su competencia. **No se suspenderán las condenas de los máximos responsables de los crímenes de lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra.**

**Parágrafo 2:** Expresamente deróguese la expresión “y en consecuencia no podrán participar en política ni ser elegidos quienes hayan sido condenados y seleccionados por estos delitos” contenida en el Artículo Transitorio 67, introducido por el Acto Legislativo 01 de 2012.

**CAPÍTULO VII. DE LAS NORMAS APLICABLES A LOS MIEMBROS DE LA FUERZA PÚBLICA PARA LA TERMINACIÓN DEL CONFLICTO ARMADO Y LA CONSTRUCCIÓN DE UNA PAZ ESTABLE Y DURADERA**

**Artículo transitorio 18. Tratamiento diferenciado para miembros de la Fuerza Pública.** En virtud del carácter inescindible de la Jurisdicción Especial para la Paz, en relación con los Miembros de la Fuerza Pública que hubieren realizado conductas punibles por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado, el tratamiento será simétrico en algunos aspectos, diferenciado en otros, pero siempre equitativo, equilibrado, y simultáneo.

En consecuencia, las normas contenidas en este capítulo serán aplicables únicamente a los miembros de la Fuerza Pública respecto de conductas punibles cometidas por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado, sin perjuicio de la aplicación respecto de ellos de las disposiciones contenidas en los capítulos anteriores, siempre que no sean contrarias a las contenidas en este.

**Bogotá D.C., 24 de enero de 2017**

Señor

**TELÉSFORO PEDRAZA ORTEGA**

Senador Presidente

Comisión Primera del Senado de la Republica

#### **PROPOSICION**

Por el presente medio me permito presentar la siguiente proposición al ***proyecto de acto legislativo 02 de 2016 cámara / acumulado con el proyecto de acto legislativo 03 de 2016 cámara***, “por medio del cual se crea un título de disposiciones transitorias de la constitución para la terminación del conflicto armado y la construcción de una paz estable y duradera y se dictan otras disposiciones”, a fin que el **artículo transitorio 19** del mismo quede con la siguiente redacción:

**Artículo transitorio 19. Calificación jurídica de la conducta en la Jurisdicción Especial para la Paz.** La Jurisdicción Especial para la Paz al adoptar sus resoluciones o sentencias hará una calificación jurídica propia del Sistema respecto a las conductas objeto del mismo, calificación que se basará, con estricta sujeción al artículo 29 de la Constitución Política, en el Código Penal colombiano vigente al momento de la comisión del hecho, en las normas de Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH), **el Estatuto de Roma** y de Derecho Internacional Humanitario (DIH). La JEP respetará las obligaciones internacionales de investigación, juzgamiento y sanción. Lo anterior, siempre con aplicación obligatoria del principio de favorabilidad.

En el caso de los miembros de la Fuerza Pública, también se podrán tener en cuenta las reglas operacionales vigentes al momento de la comisión del hecho, siempre que no sean contrarias a la normatividad legal.

**Bogotá D.C., 24 de enero de 2017**

**Señor**

**TELÉFORO PEDRAZA ORTEGA**

Senador Presidente

Comisión Primera del Senado de la Republica

## **PROPOSICION**

Por el presente medio me permito presentar la siguiente proposición al ***proyecto de acto legislativo 02 de 2016 cámara / acumulado con el proyecto de acto legislativo 03 de 2016 cámara***, “por medio del cual se crea un título de disposiciones transitorias de la constitución para la terminación del conflicto armado y la construcción de una paz estable y duradera y se dictan otras disposiciones”, a fin que el **artículo transitorio 20** del mismo quede con la siguiente redacción:

**Artículo transitorio 20. Competencia de la Jurisdicción Especial para la Paz.** La Jurisdicción Especial para la Paz tendrá competencia sobre los delitos cometidos por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado y sin ánimo de obtener enriquecimiento personal indebido, o en caso de que existiera, sin ser este determinante de la conducta delictiva. Para el efecto se tendrán en cuenta los siguientes criterios:

- a. Que el conflicto armado haya sido la causa directa o indirecta de la comisión de la conducta punible o,
- b. Que la existencia del conflicto armado haya influido en el autor, participe o encubridor de la conducta punible cometida por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto, en cuanto a:
  - Su capacidad para cometerla, es decir, a que por razón del conflicto armado el perpetrador haya adquirido habilidades mayores que le sirvieron para ejecutar la conducta.
  - Su decisión para cometerla, es decir, a la resolución o disposición del individuo para cometerla.
  - La manera en que fue cometida, es decir, a que, producto del conflicto armado, el perpetrador de la conducta haya tenido la oportunidad de contar con medios que le sirvieron para consumarla.
  - La selección del objetivo que se proponía alcanzar con la comisión del delito.

Bogotá D.C., 24 de enero de 2017

Señor

**TELÉFORO PEDRAZA ORTEGA**

Senador Presidente

Comisión Primera del Senado de la Republica

## PROPOSICION

Por el presente medio me permito presentar la siguiente proposición al **proyecto de acto legislativo 02 de 2016 cámara / acumulado con el proyecto de acto legislativo 03 de 2016 cámara**, “por medio del cual se crea un título de disposiciones transitorias de la constitución para la terminación del conflicto armado y la construcción de una paz estable y duradera y se dictan otras disposiciones”, a fin que el **artículo transitorio 21** del mismo quede con la siguiente redacción:

**Artículo transitorio 21. Responsabilidad del mando.** Para la determinación de la responsabilidad del mando, la Jurisdicción Especial para la Paz aplicará, en el caso de los miembros de la Fuerza Pública, el Código Penal colombiano, el Derecho Internacional Humanitario como ley especial, y las reglas operacionales de la Fuerza Pública en relación con el DIH siempre que ellas no sean contrarias a la normatividad legal.

La determinación de la responsabilidad del mando no podrá fundarse exclusivamente en el rango, la jerarquía o el ámbito de jurisdicción. La responsabilidad de los miembros de la Fuerza Pública por los actos de sus subordinados deberá fundarse en el control efectivo de la respectiva conducta, en el conocimiento basado en la información a su disposición antes, durante, o después de la realización de la respectiva conducta, así como en los medios a su alcance para prevenir que se cometa o se siga cometiendo la conducta punible, siempre y cuando las condiciones fácticas lo permitan, y de haber ocurrido, promover las investigaciones procedentes.

Se entenderá que existe mando y control efectivo del superior militar o policial sobre los actos de sus subordinados, cuando se demuestren las siguientes condiciones concurrentes:

- a. Que la conducta o las conductas punibles hayan sido cometidas dentro del área de responsabilidad asignada a la unidad bajo su mando según el nivel correspondiente y que tengan relación con actividades bajo su responsabilidad;
- b. Que el superior tenga la capacidad legal y material de emitir órdenes, de modificarlas o de hacerlas cumplir;
- c. Que el superior tenga la capacidad efectiva de desarrollar y ejecutar operaciones dentro del área donde se cometieron los hechos punibles, conforme al nivel de mando correspondiente; y
- d. Que el superior tenga la capacidad material y directa de tomar las medidas adecuadas para evitar o reprimir la conducta o las conductas punibles de sus subordinados, siempre y cuando haya de su parte conocimiento actual o actualizable de su comisión.

**En el caso de los miembros de grupos ilegales que suscriban acuerdos con el Gobierno Nacional, Los máximos responsables no se eximen por desconocimiento o falta de control sobre sus subordinados cuando actúan por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el**

grupo, o por conductas donde la existencia del grupo ha sido la causa de su comisión, o tiene un papel sustancial en la capacidad, decisión, manera o en el objetivo del perpetrador para cometerla.

Bogotá D.C., 24 de enero de 2017

Señor

**TELÉFORO PEDRAZA ORTEGA**

Senador Presidente

Comisión Primera del Senado de la Republica

## PROPOSICION

Por el presente medio me permito presentar la siguiente proposición al **proyecto de acto legislativo 02 de 2016 cámara / acumulado con el proyecto de acto legislativo 03 de 2016 cámara**, “por medio del cual se crea un título de disposiciones transitorias de la constitución para la terminación del conflicto armado y la construcción de una paz estable y duradera y se dictan otras disposiciones”, a fin que el **artículo transitorio 22** del mismo quede con la siguiente redacción:

**Artículo transitorio 22. Sanciones en la Jurisdicción Especial para la Paz.** En el caso de miembros de la Fuerza Pública, las sanciones propias del Sistema tendrán un contenido reparador, así como de restricción de libertades y derechos. La ley reglamentará las modalidades de ejecución de las sanciones propias, así como los mecanismos idóneos de monitoreo, vigilancia y control del cumplimiento de dichas sanciones.

Las sanciones alternativas u ordinarias aplicables a los miembros de la Fuerza Pública que impliquen la privación efectiva de la libertad se cumplirán en todo caso en los establecimientos previstos en el régimen penitenciario y carcelario establecido para ellos, conforme al principio de tratamiento diferenciado.

Para el caso de las sanciones ordinarias, se podrá obtener redenciones, subrogados penales o beneficios adicionales en la privación de libertad, siempre y cuando **el sancionado haya confesado todos sus crímenes**, se comprometa a contribuir con su resocialización a través del trabajo, capacitación o estudio durante el tiempo que permanezca privado de la libertad y a promover actividades orientadas a la no repetición del daño causado una vez puesto en libertad.

**Artículo transitorio 23. Exclusión de la acción de repetición y llamamiento en garantía para miembros de la Fuerza Pública:** En el caso de miembros de la Fuerza Pública que hayan cometido conductas punibles por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado interno, no procederá la acción de repetición y el llamamiento en garantía establecidos en el artículo 90 de la Constitución Política. En todo caso, deberán contribuir al esclarecimiento de la verdad, a la reparación ~~no monetaria~~ de las víctimas y garantizar la no repetición.

Bogotá D.C., 24 de enero de 2017

Señor

TELÉSFORO PEDRAZA ORTEGA

Senador Presidente

Comisión Primera del Senado de la Republica

## PROPOSICION

Por el presente medio me permito presentar la siguiente proposición al **proyecto de acto legislativo 02 de 2016 cámara / acumulado con el proyecto de acto legislativo 03 de 2016 cámara**, "por medio del cual se crea un título de disposiciones transitorias de la constitución para la terminación del conflicto armado y la construcción de una paz estable y duradera y se dictan otras disposiciones", a fin que el **artículo 2** del mismo quede con la siguiente redacción:

### ARTÍCULO 2. Agréguese un párrafo al artículo 122 de la Constitución Política:

**Parágrafo:** Los miembros de los grupos armados organizados al margen de la ley condenados por delitos cometidos por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado, que hayan suscrito un acuerdo de paz con el Gobierno o se hayan desmovilizado individualmente, **y que no sean máximos responsables de crímenes de lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra**, siempre que hayan dejado las armas y no hayan sido condenados por delitos dolosos **anteriores o** posteriores al acuerdo de paz o a su desmovilización, estarán habilitados para ser designados como empleados públicos o trabajadores oficiales y para celebrar personalmente, o por interpuesta persona, contratos con el Estado. Las personas a las que se refiere el presente artículo no quedarán inhabilitadas para el ejercicio de una profesión, arte u oficio.

La anterior disposición aplicará igualmente a los miembros de la Fuerza Pública que se sometan a la Jurisdicción Especial para la Paz, quienes podrán ser empleados públicos, trabajadores oficiales o contratistas de Estado, cuando no estén efectivamente privados de su libertad, bien sea de manera preventiva o en cumplimiento de la sanción que les haya sido impuesta, sin perjuicio de la prohibición de reincorporación al servicio activo prevista en la ley 1820 de 2016 para las situaciones en ella señaladas.

Como aporte a las garantías de no repetición, el Estado colombiano garantizará que los hechos que ocurrieron en el pasado no se repitan, y para ello implementará las medidas referidas en el Acuerdo General de Paz en esta materia. Quienes sean sancionados por graves violaciones de Derechos Humanos o graves infracciones al derecho Internacional Humanitario, no podrán hacer parte de ningún organismo de seguridad, defensa del Estado, Rama Judicial ni órganos de control.

**ARTÍCULO 3. VIGENCIA.** El presente Acto Legislativo rige a partir de su promulgación.



**PAZ ES DEFENDER  
LOS DERECHOS  
DE LOS DEMÁS**



**NACIONES UNIDAS  
DERECHOS HUMANOS**  
OFICINA DEL ALTO COMISIONADO

Colombia

Comentarios de la ONU-Derechos Humanos al proyecto de Acto legislativo  
“por medio del cual se crea un título de disposiciones transitorias de la Constitución para  
la terminación del conflicto armado y la construcción de una paz estable y duradera, y  
se dictan otras disposiciones”.

La Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ONU-Derechos Humanos) saluda los esfuerzos para poner en marcha los mecanismos del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición (SIVJRNR) por medio de su reglamentación. Los retos de llevar a la práctica lo pactado en el Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera (Acuerdo final) son inmensos. La ONU-Derechos Humanos debe cumplir con el mandato de brindar asesoría técnica oportuna al poder legislativo para promover el cumplimiento con los estándares internacionales en materia de derechos humanos. En este marco, la ONU-Derechos Humanos formula las siguientes observaciones generales en relación con el contenido del proyecto de Acto legislativo 02 de 2016 (Cámara) acumulado con el proyecto del Acto legislativo 03 de 2016 (Cámara), que se tramita mediante el procedimiento legislativo especial para la paz.

Esta iniciativa de modificación constitucional busca regular materia muy sensible, que acarrea riesgos en relación con el cumplimiento de las obligaciones internacionales del Estado colombiano en materia de derechos humanos. La ONU-Derechos Humanos acompaña de manera decidida la adopción y puesta en marcha del SIVJRNR; lo hace bajo el convencimiento de la conveniencia de adoptar medidas idóneas para encarar la negación de las violaciones del pasado y promover un proceso robusto de rendición de cuentas en relación con su comisión y posible encubrimiento. En aras de la brevedad y la urgencia que asume este trámite, estos comentarios se concentran exclusivamente en los aspectos más problemáticos del articulado.

**1. El proyecto de Acto legislativo debe respetar el contenido y la lógica del derecho internacional público para lograr su adecuada incorporación en el régimen nacional.**

El régimen constitucional colombiano acoge el derecho internacional público, tanto en el texto de la Carta Política (art. 9, 53, 93, 94 y 214) como en la práctica de sus órganos jurisdiccionales. Los principios internacionales de protección de la persona humana, consagrados en el derecho internacional de los derechos humanos (DIDH) y el derecho internacional humanitario (DIH), deben ser utilizados de manera coherente y consistente con el régimen internacional de protección. El proceso de paz y la utilización de herramientas de justicia transicional deben ser aprovechados para consolidar el Estado de derecho y robustecer las garantías de protección a los derechos humanos. En ningún caso, puede justificarse un debilitamiento o una relativización del régimen internacional de protección en aras de la paz. Colombia tiene una gran oportunidad para consolidar el Estado de derecho y lograr el consecuente cumplimiento de sus obligaciones internacionales. Las disposiciones transitorias que se pretenden adicionar a la Constitución deben sujetarse a parámetros estrictos de control, y no deben ser contrarias ni deben devaluar los principios del Estado de derecho ni los principios internacionales de protección de los derechos humanos<sup>1</sup>. La ONU-Derechos Humanos llama la atención sobre cuatro cuestiones

<sup>1</sup> Enfatizando esta relación, el Secretario General de la ONU definió que: “Las iniciativas relacionadas con la justicia de transición fomentan la rendición de cuentas, refuerzan el respeto por los derechos humanos y son cruciales para generar los fuertes niveles de

relacionadas con el derecho internacional público contenidas en el proyecto de Acto legislativo, que son contrarias a las obligaciones internacionales del Estado o generan un alto riesgo de incumplimiento.

- 1.1. El derecho internacional de los derechos humanos (DIDH) aplica tanto en tiempos de paz como en tiempos de conflicto armado; el proyecto de Acto legislativo debe reflejar el compromiso del Estado colombiano con el cumplimiento de las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos.**

El DIDH es una rama del derecho internacional público que aplica tanto en tiempos de paz como en tiempos de excepción y alteración del orden público (incluyendo un conflicto armado de carácter no internacional). Ciertamente, según condiciones estrictas, los Estados pueden limitar el ejercicio de algunos derechos; pero ni la declaratoria formal de un estado de excepción ni la existencia de un conflicto armado de carácter no internacional tornan nugatoria la protección que brinda el DIDH a los ciudadanos de un Estado. Por esta razón, y acorde con las disposiciones constitucionales señaladas, el proyecto de Acto legislativo debe ser revisado para reflejar adecuadamente la vigencia del DIDH en todo momento.

#### **Recomendaciones**

- Para asegurar la centralidad del DIDH, debería agregarse un principio rector de la Jurisdicción especial para la paz (JEP), en el marco del artículo transitorio 5 del proyecto, que establezca: "Todos los órganos de la JEP cumplirán con el deber de respetar, proteger y garantizar los derechos humanos, de acuerdo a las obligaciones internacionales del Estado". De lo contrario, esta reforma podría incurrir en una sustitución de uno de los pilares de la Constitución en relación con el compromiso de respeto a los derechos humanos (art. 93).
- Asimismo, y de manera concordante con lo expuesto en el siguiente punto, debe ser revisada la redacción del artículo transitorio 21 del proyecto para incluir explícitamente el derecho internacional de los derechos humanos.

- 1.2. El derecho internacional humanitario (DIH) aplicable al conflicto armado colombiano debe derivarse de las fuentes autorizadas según el derecho internacional público y limitarse a las normas aplicables a conflictos armados de carácter no internacional. Las reglas operacionales de la Fuerza Pública son doctrina militar, no son derecho.**

El DIH es una rama del derecho internacional público que busca brindar protección a las personas en tiempos de conflicto armado. Particularmente, en el marco de conflictos armados de carácter no internacional, el DIH consagra una serie de prohibiciones para proteger a quienes no participan activamente en las hostilidades. El DIH aplicable a conflictos armados de carácter no internacional se encuentra consagrado en el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra y en el Protocolo II adicional a esos convenios; asimismo, varias normas se derivan del derecho consuetudinario. Cabe enfatizar que las normas aplicables a un conflicto como el colombiano son aquellas aplicables a conflictos armados

---

confianza cívica que son necesarios para impulsar la reforma del estado de derecho, el desarrollo económico y la gobernanza democrática". ONU, Consejo de Seguridad, El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos, Informe del Secretario General, S/2011/634, 12 de octubre de 2011, párr. 17.

de carácter no internacional y que las normas aplicables a conflictos armados de carácter internacional no son necesariamente aplicables por analogía.

La determinación del contenido de las normas positivas y consuetudinarias del DIH aplicables a conflictos armados de carácter no internacional es un ejercicio complejo que debe respetar las reglas generales del derecho internacional público y basarse en las fuentes de derecho autorizadas.

Las pautas que hoy en día están incorporadas en las denominadas “reglas operacionales de la Fuerza Pública” son reflejo de la doctrina militar – cambiante en el tiempo – y no son fuente de derecho ni tienen valor jurídico. Elevarlas a rango constitucional, como referente normativo o interpretativo, es un error que distorsiona el régimen internacional de protección. El estándar constitucional de protección que se deriva del DIH no puede ser suplantado por doctrina militar.

#### Recomendaciones

- Suprimir cualquier mención a “las reglas operacionales de la Fuerza Pública” como referente para la calificación de la conductas (art. 19).
- Suprimir cualquier mención a “las reglas operacionales de la Fuerza Pública” como fuente de la determinación de la responsabilidad penal de los miembros de la Fuerza Pública (art. 21 del proyecto).

### 1.3. Tanto el derecho internacional humanitario como el derecho internacional de los derechos humanos deben ser fuente de derecho y ser utilizados de manera complementaria por los operadores de la JEP para evaluar todos los casos que involucren a miembros de la Fuerza Pública.

La regla *lex specialis derogat legi generali* es una pauta de interpretación y no una fórmula que anula la vigencia de una rama del derecho internacional sobre otra. El contenido de la regla *lex specialis* y su aplicación han sido clarificadas tanto por la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia como por la doctrina de la Comisión de Derecho Internacional<sup>2</sup>. No se trata de una regla que impone el DIH sobre el DIDH en tiempos de conflicto armado. Se trata de una regla que busca resolver un conflicto entre normas cuando estas colisionan, o brindar una pauta de interpretación. Si no existe colisión y el juez (o el operador) puede interpretar las normas de tal manera que exista conformidad o armonía, debe proceder en ese sentido sin acudir a la regla de *lex specialis*. De hecho, la práctica internacional demanda la aplicación concomitante de ambas ramas del derecho internacional con el fin de brindar la más amplia protección a la persona humana. Esta aplicación complementaria es especialmente pertinente en una situación de conflicto armado de carácter no internacional, en la cual el Estado no puede renunciar a sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos en relación con los ciudadanos y demás habitantes del territorio sobre el cual ejerce jurisdicción. Además, la Corte Constitucional

<sup>2</sup> Véase UN, International Law Commission, *Conclusions of the Work of the Study Group on the Fragmentation of International Law: Difficulties arising from the Diversification and Expansion of International Law*, “Principle 2 (5), On the maxim *lex specialis derogat legi generali*” (2006), disponible en: [http://legal.un.org/ilc/texts/1\\_9.shtml](http://legal.un.org/ilc/texts/1_9.shtml). Asimismo, véase, International Court of Justice, Judgment, *Case Concerning Armed Activities on the Territory of the Congo (DRC v. Uganda)*, 19 December 2005, para. 216-219.

determinó la necesidad de incluir, como marco de referencia, al DIDH, de manera complementaria al DIH en el proceso de investigación de conductas penales<sup>3</sup>.

#### Recomendaciones

- Consecuentemente, debe corregirse el artículo transitorio 21 del proyecto, suprimiendo la mención a la noción del DIH como *lex specialis*.
- En todo caso, debe incorporarse, en este mismo artículo, una mención al derecho internacional de los derechos humanos (DIDH) como una fuente de derecho para determinar la responsabilidad de los miembros de la Fuerza Pública, de conformidad con lo establecido por la Corte Constitucional.

#### 1.4. La definición de “responsabilidad de mando” y los criterios para determinarla en casos que involucran a miembros de la Fuerza Pública, contenidos en el artículo transitorio 21 del proyecto, no cumplen con los estándares internacionales.

El uso del concepto de responsabilidad del superior debe hacerse bajo estricto acatamiento del derecho internacional. Esta noción ha sido ampliamente desarrollada por la jurisprudencia y la doctrina internacionales. Se trata de una noción con antecedentes remotos; su desarrollo moderno parte de la aplicación de la regla general por los tribunales militares que juzgaron algunos de los crímenes de guerra cometidos durante la Segunda Guerra Mundial. Decisiones judiciales, como las adoptadas en el caso Yamashita<sup>4</sup> o en el caso de los altos mandos por el tribunal de Núremberg<sup>5</sup>, son antecedentes que deben ser considerados. Ha sido plasmada como norma positiva en el DIH aplicable a conflictos armados de carácter internacional<sup>6</sup>. La responsabilidad de los superiores por crímenes de guerra cometidos por sus subordinados es considerada como una norma consuetudinaria, también aplicable a crímenes de guerra cometidos en conflictos armados de carácter no internacional. El Tribunal Penal *ad hoc* para la Ex Yugoslavia desarrolló este concepto, en el marco de la aplicación del derecho penal internacional<sup>7</sup>. Finalmente, el Estatuto de la Corte Penal Internacional -ratificado por Colombia en 2002- acogió, como principio general, una definición de la “Responsabilidad de los jefes y otros

<sup>3</sup> Corte Constitucional, C-084-16, 24 de febrero de 2016, Magistrado Ponente Dr. Luis Ernesto Vargas Silva. La Corte determinó que: “(...) la referencia explícita al derecho internacional humanitario como marco jurídico aplicable en las investigaciones y juzgamientos de las conductas punibles de los miembros de la fuerza pública relacionadas con el conflicto armado, no excluye la eventual aplicación de otras fuentes del derecho como las normas y principios del derecho internacional de los derechos humanos, o el mismo derecho penal, en tanto la autoridad judicial, en ejercicio de su autonomía y atendidas las circunstancias particulares del caso, considere que deben regir su resolución.” *Id.*

<sup>4</sup> US Military Commission in Manila, *Trial of Tomoyuki Yamashita*, Case No. 21, 8 Oct-7Dec 1945; y *In re Application of Yamashita*, Supreme Court Judgment, 4 Feb. 1946.

<sup>5</sup> High Command Trial (or Case no. 12), *The United States of America vs. Wilhelm von Leeb et al.*, *US Military Tribunal Nuremberg, Judgment of 27 October 1948*.

<sup>6</sup> Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, 1977, art. 86 y 87.

<sup>7</sup> Ver ICTY, *Prosecutor v. Hadzihasanovic, Appeals*, 22 April 2008; ICTY, *Prosecutor v. Strugar, Appeals*, 17 July 2008; y *Prosecutor v. Radovan Karadžić*, 24 March 2016. A manera de ejemplo, este último, disponible en: [http://www.icty.org/x/cases/karadzic/tjug/en/160324\\_judgement.pdf](http://www.icty.org/x/cases/karadzic/tjug/en/160324_judgement.pdf).

superiores” en el artículo 28, que ya ha sido objeto de aplicación en uno de los fallos de la cámara de conocimiento<sup>8</sup>.

Todos estos referentes internacionales deben ser tenidos en cuenta en el momento de establecer cual es el derecho aplicable en el momento de la consumación de la conducta, junto con el derecho penal nacional. La adopción de una definición contraria al estándar internacional, particularmente si implica la disminución del umbral de responsabilidad, conlleva a un incumplimiento de las obligaciones internacionales del Estado en materia de derechos humanos. La definición contenida en el artículo transitorio 21 del proyecto del Acto Legislativo es problemática porque eleva a rango constitucional una fórmula normativa que es contraria a la establecida en el derecho internacional y a la misma Constitución. Además de tergiversar el estándar internacional, la fórmula devaluada se aplica sólo a los comandantes de la Fuerza Pública, quienes, por estar investidos de poder y de funciones públicas, deberían responder según un estándar remozado de responsabilidad, no uno de mayor lenidad. De otra parte, debe advertirse que en virtud de la técnica legislativa esta materia es propia de desarrollo legal, no constitucional.

#### Recomendaciones

- En consecuencia, esta definición debe eliminarse completamente del proyecto, para ser desarrollada por vía legal.
- Alternativamente, la definición debe ajustarse para que sea acorde con el estándar incorporado en el Estatuto de Roma, artículo 28, incisos a y b; y ser aplicable a todos aquellos que satisfacen las condiciones de jefe militar o superior (*de jure* y *de facto*), según el derecho internacional, no sólo a los miembros de la Fuerza Pública.

#### 2. El proyecto de Acto legislativo debe adicionarse para brindar garantías concretas para el ejercicio de los derechos de las víctimas de violaciones graves.

La materialización de los derechos de las víctimas en el marco del funcionamiento de la Jurisdicción especial para la paz (JEP) requiere desarrollo normativo, especialmente en el régimen procesal que vaya a ser aplicado. El artículo transitorio 11 del proyecto, referido a las normas procesales que aplicarán en la JEP, contempla la participación de las víctimas, pero la condiciona a “los parámetros definidos en el Acuerdo final”. Los derechos de las víctimas y su derecho de participación (en concreto) deben garantizarse de acuerdo a los parámetros constitucionales e internacionales.

#### Recomendación

- Adecuar la redacción del proyecto para garantizar que el régimen procesal proporcione a las víctimas herramientas y oportunidades procesales precisas para hacer valer sus derechos, mediante un recurso judicial efectivo en el marco del funcionamiento de la JEP.

<sup>8</sup> International Criminal Court, Trial Chamber, The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, ICC-01/05-01/08-3343, 21 March 2016. La decisión y todos los documentos se encuentran disponibles en: <https://www.icc-cpi.int/Pages/record.aspx?docNo=ICC-01/05-01/08-3343>.

Asimismo, es motivo de preocupación la propuesta de modificación constitucional, mediante el artículo transitorio 23 del proyecto, que extingue la acción de repetición y el llamamiento en garantía a los agentes del Estado, consagrado en la Constitución de 1991, en detrimento de los derechos de las víctimas y la condición de garante especial de los agentes del Estado. Este recurso hace parte del régimen de responsabilidad del Estado por daños anti-jurídicos que le sean imputables y el ejercicio de responsabilidad de sus agentes llamados a responder patrimonialmente por conductas dolosas, según los términos del artículo 90 de la Constitución Política. Cualquier cambio a este régimen debe contar con una clara justificación que responda al estándar constitucional y proteja los derechos de las víctimas.

#### **Recomendación**

- Se sugiere la supresión de este artículo transitorio incluido en el proyecto, puesto que deroga la norma constitucional contenida en el artículo 90 de la Carta Política.

3. El proyecto de Acto Legislativo no regula adecuadamente la depuración del servicio público de personas responsables de graves violaciones a los derechos humanos y, por lo tanto, se queda corto en materia de garantías de no repetición.

Las obligaciones internacionales del Estado exigen que las personas responsables de violaciones graves de derechos humanos sean separadas de sus cargos y que no se vincule a la administración pública a personas comprometidas con graves violaciones a los derechos humanos. La separación o depuración administrativa no equivale a una sanción judicial; se trata de una medida administrativa que busca la consolidación o el reforzamiento de un Estado de derecho, garante de los derechos humanos. Este tipo de medida es consecuente con lo pactado por las partes en el Acuerdo final (3.4), particularmente, en relación con los instrumentos de verificación y control institucional (reflejados en el punto 3.4.11.1 del Acuerdo final). El requisito de no estar comprometido en la perpetración de una grave violación de derechos humanos es un criterio básico para determinar la probidad, idoneidad y compromiso con la aplicación de la ley de cualquier servidor público. La consecuente depuración de personal comprometido en violaciones graves es una medida preventiva, necesaria para garantizar la no repetición y para proteger los valores democráticos y de transparencia del poder público.

#### **Recomendaciones**

- Revisar la redacción del artículo 2 del proyecto, que busca adicionar el artículo 122 de la Constitución Política, para evitar que personas comprometidas en violaciones graves desempeñen cualquier cargo público o lleven a cabo un servicio como la seguridad privada.
- Asimismo, la reforma debe incluir un mecanismo concreto de depuración de las instituciones y del servicio público para hacer efectiva la revisión de antecedentes y asegurar la no vinculación y la separación de las personas involucradas en violaciones graves.

4. La naturaleza especial, y la autonomía administrativa, presupuestal y técnica que se predicán de la UBPD y la CV, deben ser incorporadas en las normas que regulan la JEP.

El proyecto de Acto legislativo reconoce que la Unidad para la Búsqueda de Personas dadas por Desaparecidas en el contexto y en razón del conflicto (UBPD) y la Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición (CV) son entes autónomos “del orden nacional con personería jurídica, con autonomía administrativa, presupuestal y técnica, sujeta a un régimen legal propio” (artículos transitorios 2 y 3 del proyecto). Dicha disposición no fue incorporada en relación con la Jurisdicción especial para la paz (JEP) (artículo transitorio 5) y es necesaria para su correcto funcionamiento futuro. No podrá la JEP operar como un mecanismo del SIVJRNR sin contar esas condiciones.

**Recomendación**

- Adicionar al artículo transitorio 5 del proyecto la misma cláusula que califica a la UBPD y a la CV, de manera que quede claro que la JEP es un ente del orden nacional, que administra justicia, y que cuenta con personería jurídica, con autonomía administrativa, presupuestal y técnica, y está sujeta a un régimen legal propio.

La ONU-Derechos Humanos está en disposición de brindar mayor información y asistencia técnica sobre las materias aquí comentadas y los demás proyectos normativos que se desarrollen en el marco del procedimiento legislativo especial para la paz.

*ONU-Derechos Humanos  
Bogotá, 23 de enero de 2017*

Estimado(a): AMPARO YANETH CALDERON PERDOMO

  
Cordial saludo,

La Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ONU-Derechos Humanos) saluda los esfuerzos para poner en marcha los mecanismos del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición (SIVJRNR) por medio de su reglamentación. La ONU-Derechos Humanos debe cumplir con el mandato de brindar asesoría técnica oportuna al poder legislativo para promover el cumplimiento con los estándares internacionales en materia de derechos humanos. En este marco, la ONU-Derechos Humanos formula observaciones generales en relación con el contenido del proyecto de Acto legislativo 02 de 2016 (Cámara) acumulado con el proyecto del Acto legislativo 03 de 2016 (Cámara), que se tramita mediante el procedimiento legislativo especial para la paz. Anexamos a este correo las observaciones.

Respetuosamente,

Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos

7

Bogotá, 24-02-2017

Señor

**TELÉSFORO PEDRAZA**

Presidente

Comisión Primera Constitucional Permanente

Cámara de Representantes

Honorable Señor Presidente:

Yo, Iván Orozco Abad, en mi condición de ciudadano colombiano, quiero intervenir a través de las siguientes consideraciones en el debate sobre el Acto legislativo No. 2 de 2017, mediante el cual se crea el sistema de justicia transicional:

1. El acto legislativo que aquí se discute crea un sistema de justicia transicional que incluye, entre otros dispositivos que se complementan recíprocamente, una jurisdicción especial y transitoria de paz. Todo ello con el objetivo de aprovechar las sinergias que permitan satisfacer mejor los derechos de las víctimas y honrar mejor las obligaciones internacionales del Estado colombiano.
  2. La Jurisdicción Especial de Paz es en buena medida –salvo en lo que atañe a los miembros de la Fuerza Pública– el reflejo de los compromisos a los cuales se llegó en unas negociaciones largas y difíciles adelantadas en pie de igualdad negociadora, bajo la premisa de que ninguna de las partes en el conflicto armado había sido derrotada.
  3. El resultado de dichas negociaciones fue, en consecuencia, no un modelo de sometimiento unilateral y exclusivo a la Justicia por parte de las FARC como los que son propios de las victorias militares, sino un modelo de justicia de “aparceramiento” que involucra como potenciales
- 8

responsables a todos aquellos que participaron de forma directa o indirecta en el conflicto armado y perpetraron acciones punibles por causa o con ocasión del mismo, incluidos algunos terceros.

4. Se trata, con ello, de un modelo que tiene la enorme virtud de ser, por lo menos potencialmente, un espejo veraz de la realidad vivida en el desarrollo de una confrontación armada de más de cincuenta años en el marco de la cual todas las partes, en proporciones distintas que deberán ser determinadas por jueces y comisionados, cometieron crímenes internacionales.
5. Hacer equivaler la victoria política del No en el plebiscito del 2 de octubre del año anterior a una victoria militar, como lo pretendían algunos, para justificar la sustitución del modelo de “aportamiento” negociado en La Habana por un modelo de sometimiento exclusivo de las FARC, habría sido un error histórico de magnitudes catastróficas.
6. Un modelo tal de justicia de vencedores disfrazado bajo una fórmula de sometimiento a la justicia ordinaria del Estado de derecho habría implicado una distribución completamente asimétrica de responsabilidades en los términos de una acumulación de todas las culpas en el vencido y de auto-amnistía para el vencedor.
7. Un modelo tal de justicia de vencedores, además de distorsionar gravemente la verdad de lo sucedido, habría muy seguramente despertado la indignación y el espíritu contra-estatal que anida en la institucionalidad de los derechos humanos, y habría conducido a la persecución obsesiva del Estado. Y muy seguramente, después de largos años de peligrosa inestabilidad, nos habría llevado al castigo del vencedor.
8. En lo que atañe a la Fuerza Pública no habría bastado para evitarlo, ofrecer a manera de chivos expiatorios unas pocas manzanas podridas de bajo rango.

9. Hoy, en términos generales, la Corte de Costa Rica y la Corte Penal Internacional apoyan el proceso de paz y el modelo de justicia de transición que se pactó en La Habana.
10. Es cierto que la Fiscal Fatou Bensouda ha expresado su preocupación porque la fórmula que se consagró en el Acuerdo Final para la responsabilidad de mando pueda ser interpretada en términos que se alejen de la letra y del espíritu del artículo 28 del Estatuto de Roma, pero también es cierto que, en general, le ha dado su apoyo a lo acordado.
11. Resulta especialmente preocupante la observación de la Fiscal Bensouda sobre que la redacción adoptada por el proyecto habla de control efectivo sobre la "conducta" de los subordinados y no de control sobre las fuerzas bajo su mando, lo cual debilita enormemente el criterio de responsabilidad del comandante y podría resultar violatorio no solo del derecho convencional sino también del derecho consuetudinario internacional.
12. En cualquier caso, en lo que atañe a la responsabilidad de mando por delitos perpetrados con anterioridad a la entrada en vigencia del Estatuto de Roma hay que tener en cuenta que la regulación de dicha figura se rige, no por el derecho convencional sino por el derecho consuetudinario internacional.
13. En general puede resultar contra-productivo de cara a las judicaturas internacionales y domésticas encargadas de velar por el respeto de los estándares internacionales en materia de justicia, que el principio de trato diferencial pero equitativo que está a la base del Acuerdo sea interpretado legalmente, a la antigua usanza, no como un criterio de reconocimiento de su mayor responsabilidad en relación con los particulares, sino como un privilegio estamental.
14. Si por la vía de los subrogados penales se establece la posibilidad de que las penas efectivas que deben pagar los

- miembros de la Fuerza Pública puedan ser menores que las que deberán pagar los guerrilleros por los mismos delitos,
15. o si se establece que en ningún caso los miembros de la Fuerza Pública deberán responder con su propio patrimonio por los delitos por ellos perpetrados, y que deberá ser el Estado el que pague por ellos, se abrirá un flanco de extrema vulnerabilidad frente a la justicia tanto doméstica como internacional.
  16. Por fortuna se trata de errores que todavía pueden ser corregidos en el marco del debate que se adelanta en el Congreso. Subsananlos sería, además, una manera de demostrar que el procedimiento especial legislativo no significa la muerte de la democracia deliberativa.
  17. El modelo modificado de la JEP es, sin duda, la expresión de un mejor Acuerdo en comparación con el Acuerdo de Cartagena.
  18. Por lo pronto hoy, la Jurisdicción especial de Paz está mucho mejor articulada que antes a la jurisdicción ordinaria. Las disposiciones claras y precisas que en el marco del proyecto regulan la tutela, la tramitación de los conflictos de competencia, la acción de revisión y el derecho sustantivo aplicable, lo prueban con creces.
  19. Es equivocado creer que la absorción de la JEP por la justicia penal ordinaria nos conduciría a un modelo óptimo de justicia, superior al que ahora se tramita.
  20. La justicia penal ordinaria tiene como premisa la paz y la normalidad sociales. Por ello, en un contexto de alta turbulencia política como es el de un conflicto armado intestino, la justicia ordinaria tiende a escalar la criminalización del enemigo interno y a convertirse por ello, ella misma, en Justicia de enemigo. No resulta gratuito, en tal sentido, que las FARC hayan considerado, en su momento, que la justicia ordinaria era la justicia del enemigo, y que se negaran a someterse a ella.

21. Ni las leyes penales expedidas por el legislador ordinario, ni las líneas jurisprudenciales hoy dominantes en la justicia penal ordinaria, ni sus instancias, son un buen marco para juzgar a quienes requieren de incentivos y de amparo legal para dejar las armas y transformarse en partido político.
22. Por lo pronto, para restaurar el tratamiento privilegiado del delito político, uno de los pilares fundamentales de la JEP, es necesario alejarse de los patrones legales y jurisprudenciales del derecho ordinario que en el pasado provocaron su asfixia y aún, reformar la Constitución.
23. Sin la reforma del artículo 122 y del artículo 67 transitorio de la Carta, en lo pertinente, las negociaciones de paz, en cuanto orientadas a posibilitar la transformación de una guerrilla en movimiento o en partido, difícilmente tendrían sentido.
24. La JEP no es un obstáculo para el buen funcionamiento de la justicia ordinaria, agobiada como está por su carga de trabajo y se extrema morosidad. Por el contrario, La JEP, como dispositivo transitorio que es, deberá contribuir a descongestionar la justicia ordinaria y a crear las condiciones para que esta pueda operar mejor en el futuro.
25. Quiero recordar, por último, que la JEP, como ha sido concebida, es la otra cara de la ley de amnistía y demás tratamientos especiales que acaba de ser aprobada y que empieza a aplicarse. Mirados como un todo, la ley de amnistía y la JEP son una encarnación de la fórmula de balance entre la justicia selectiva y la amnistía condicionada -aún para crímenes de guerra considerados menos graves- que hoy parece estar convirtiéndose en práctica estatal dominante, si no en costumbre emergente en el derecho consuetudinario internacional.

26. Recuérdese, en ese sentido, que en la perspectiva del derecho internacional, a diferencia de lo que sucede con los conflictos internacionales, los conflictos armados no internacionales, tanto en lo que atañe a su desarrollo como a su terminación, se rigen más por el derecho consuetudinario internacional que por el derecho convencional.

Atentamente,

Iván Orozco Abad  
Profesor de la Universidad de Los Andes

8

**EL PUNTO 5 DEL ACUERDO DE PAZ ENTRE EL GOBIERNO NACIONAL Y  
LAS FARC-EP: RETOS DESDE LA JUSTICIA ANAMNÉTICA**

*Luis Jorge Garay Salamanca*

*Fernando Vargas Valencia*

**Introducción**

El Acuerdo Final de las negociaciones de paz de La Habana, suscrito entre el Gobierno nacional y las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia – Ejército del Pueblo (FARC-EP) el 26 de Septiembre de 2016 trae consigo en el quinto punto referente a “*Víctimas del Conflicto: Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición*” (en adelante sistema VJR), el cual inicia con una idea puntual: “*Resarcir a las víctimas está en el centro del Acuerdo*”.

Por su parte, dicho Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera indica unos *reconocimientos* que pueden resumirse de la siguiente manera:

- (1) Reconocimiento del carácter *innegociable* de los derechos de las víctimas *de violaciones a derechos humanos e infracciones al Derecho Internacional Humanitario (DIH)* cometidas en el contexto y en razón del conflicto armado.
- (2) Reconocimiento de todas las responsabilidades dentro del proceso de paz e inadmisión de intercambios de impunidades.
- (3) Reconocimiento de la afectación de los derechos económicos, sociales y culturales en razón del conflicto.
- (4) Reconocimiento de que el sistema de verdad, justicia y reparación -VJR deberá ser un escenario en el que se garantice la participación protagónica, real y efectiva de las víctimas.
- (5) Reconocimiento de la necesaria representación plural y equilibrada de víctimas en la mesa de negociaciones.
- (6) Reconocimiento del grave déficit existente en materia de género en relación con las políticas y decisiones sobre la superación del conflicto armado y la victimización.

El presente texto parte de dicha idea central y de dichos reconocimientos. Lo anterior implica que la orientación de las aproximaciones que a continuación se comparten parten del supuesto según el cual, la implementación de los escenarios, instituciones, herramientas y mecanismos consignados en el Punto 5 del Acuerdo final anteriormente referenciado, en el marco de la puesta en funcionamiento del Sistema VJR allí acordado, debe garantizar un orden especial de coherencia con el principio general de reconocimiento de las víctimas como centrales en el proceso de paz, y por ende, de la efectividad real de sus derechos en lo atinente al resarcimiento integral de los daños infligidos a ellas con ocasión del conflicto armado.

En este sentido, el acuerdo parte de una serie de posturas axiológicas de carácter especial y que revisten unas características particulares que es preciso resaltar. Entre las muchas que pueden encontrarse, y con el objetivo de guiar el alcance de las reflexiones en torno al tema de las medidas de reparación para las víctimas en el sistema VJR, es preciso resaltar las siguientes:

- (1) El marco normativo que sirve de sustento a la integridad del borrador conjunto referente al capítulo o punto 5 del Acuerdo final destacado es el Derecho Internacional de Derechos Humanos y, en menor medida, el Derecho Internacional Humanitario (DIH);

- (2) el fundamento de los acuerdos es la protección y garantía del *goce efectivo* de los derechos humanos “*de todos y todas*”;
- (3) la alusión reiterada al deber de *reparar el daño causado y restaurarlo “cuando sea posible”*, previo reconocimiento por parte de sus responsables;
- (4) la mención al deber del sistema de “*garantizar a la vez la seguridad jurídica de quienes se acojan a las medidas de justicia, como elemento esencial de la transición a la paz*”;
- (5) la integralidad del sistema, lo que supone la interrelación entre los derechos de las víctimas a la verdad, a la justicia, a la reparación y a las garantías de no repetición; y
- (6) el énfasis del sistema en *medidas restaurativas y reparadoras*, lo que supone que la reparación sería transversal a las instancias y mecanismos contemplados en materia de verdad, justicia y garantías de no repetición.

Lo anterior sitúa al Punto 5 del Acuerdo final destacado en un plano de exigencia normativa, en lo concerniente al reconocimiento e implementación de medidas de reparación a víctimas de violaciones a derechos humanos e infracciones al DIH acaecidas en hechos relacionados con el conflicto armado, que alude a dos aristas jurídicas complementarias: (a) el conjunto de deberes internacionales que tiene el Estado colombiano en lo concerniente a *la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad* y a la *garantía de los derechos de las víctimas de violaciones de derechos humanos e infracciones al DIH a interponer recursos y obtener reparaciones*; y (b) la relación que tienen los acuerdos, por el carácter excepcional, temporal y especial de las instituciones jurídicas que éstos contemplan, con marcos normativos típicos de *justicia transicional*.

Igualmente, impide que las reflexiones aproximativas que pudiesen compartirse en torno al tema específico de la reparación a las víctimas, se presente de manera aislada en relación con otras asociadas a los demás mecanismos y escenarios acordados en el borrador conjunto, concretamente en lo referente a verdad y justicia, por cuanto los derechos VJR se encuentran intrínsecamente relacionados y conectados entre sí y guardan una relación compleja de conexidad e interdependencia<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> En tanto: (1) la verdad sólo es posible si se proscribiera la impunidad; (2) el conocimiento de lo sucedido para las víctimas y sus familiares, constituye un medio de reparación; (3) el derecho a la reparación va más allá de su dimensión económica, e incluye el derecho a la verdad y a que se haga justicia; (4) las distintas medidas de

## **El Punto 5 del Acuerdo final a la luz de la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana**

Una de las fuentes más apropiadas para hacer una lectura de los alcances de los acuerdos en el entorno aquí destacado, es la más reciente jurisprudencia que la Corte Constitucional ha desarrollado en torno a las copiosas demandas instauradas contra la Ley 1448 de 2011 “por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones”, y a la declaratoria del Estado de Cosas Inconstitucional (ECI) en relación con el desplazamiento forzado, establecida en la Sentencia estructural T-025 de 2004.

En otras palabras, la interpretación, implementación y ejecución del Punto 5 del Acuerdo final destacado, debe regirse por el cumplimiento de los criterios interpretativos que el alto tribunal constitucional ha establecido en relación con la norma y la situación contextual anteriormente señaladas. Esto, por varias razones, unas de orden pragmático y otras de carácter jurídico.

La primera de ellas, por la cantidad significativa de sentencias que la Corte ha tenido que proferir en una época inmediatamente reciente a los avances de los acuerdos, en torno a la constitucionalidad de la norma citada (cuanto menos diecinueve a 2016), lo que le ha permitido reiterar sus reglas o criterios jurisprudenciales y ofrecer un orden sistemático y coherente de interpretación conforme a normas superiores, que otorga solidez jurisprudencial a sus planteamientos, en estrecha relación con los criterios desarrollados en el marco del seguimiento a la Sentencia T-025 de 2004.

En segundo lugar, porque la norma en mención hace referencia al reconocimiento y otorgamiento de medidas de reparación a víctimas de violaciones de derechos humanos e infracciones al DIH acaecidas *con ocasión del conflicto armado*, circunscritas en un marco de *justicia transicional* o como indica el acuerdo objeto de análisis, de transición hacia la paz. Lo anterior permite situar a esta jurisprudencia como un referente inevitable para

---

VJR deben tener un enfoque de no repetición para garantizar que las organizaciones que perpetraron los crímenes sean desmontadas y las estructuras que permitieron su comisión removidas, a fin de evitar que se vuelvan a presentar violaciones análogas.

determinar el alcance jurídico de los escenarios, instituciones, herramientas y mecanismos consignados en el Punto 5 del Acuerdo final destacado en tanto consagra un sistema *integral* de VJR constituido por instituciones y mecanismos transitorios, especiales, temporales y excepcionales.

Aunado a lo anterior, esta jurisprudencia constituye no solo una herramienta hermenéutica sino también un criterio de autoridad, desde la perspectiva del propio orden axiológico en el que se circunscribe desde el punto de vista de su coherencia interna el acuerdo, porque a través de ella, la Corte lleva a cabo un juicioso, reiterativo y consistente ejercicio de integración normativa de fuentes del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del DIH a normas constitucionales internas, con el objetivo de determinar el alcance de las obligaciones internacionales que tiene el Estado colombiano en lo referente a la reparación de víctimas de violaciones a estas normas internacionales.

De esta manera, en el presente texto se tienen en cuenta las pautas y criterios establecidos reiterativamente en dichas piezas jurisprudenciales, para interpretar los alcances y retos de implementación del borrador conjunto correspondiente al acuerdo sobre el Punto 5 del Acuerdo final destacado entre el Gobierno de Colombia y las FARC-EP.

En primera medida, en el presente texto se asume la definición programática de *justicia de transición* planteada por la Corte en varias de dichas sentencias, como claramente aplicable al sistema de VJR acordado en el Acuerdo Final destacado, por cuanto,

...puede entenderse por justicia transicional una institución jurídica a través de la cual se pretende integrar diversos esfuerzos, que aplican las sociedades para enfrentar las consecuencias de violaciones masivas y abusos generalizados o sistemáticos en materia de derechos humanos, sufridos en un conflicto, hacia una etapa constructiva de paz, respeto, reconciliación y consolidación de la democracia, situaciones de excepción frente a lo que resultaría de la aplicación de las instituciones penales corrientes <sup>2</sup>.

---

<sup>2</sup> Definición que se basa en una conceptualización contenida inicialmente en la Sentencia C-370 de 2006 y reiterada en sentencias recientes tales como: C-936 de 2010, C-771 de 2011, C-052 de 2012 y C-581 de 2013.

Con base en esta definición, la Corte Constitucional ha podido reiterar en la Sentencia C-099 de 2013 el criterio planteado desde la Sentencia C-370 de 2006 (referente a la constitucionalidad de la Ley 975 de 2005 conocida como de “Justicia y paz”) según el cual:

Al valor de la paz no se le puede conferir un alcance absoluto, ya que también es necesario garantizar la materialización del contenido esencial del valor de la justicia y del derecho de las víctimas a la justicia, así como los demás derechos de las víctimas, a pesar de las limitaciones legítimas que a ellos se impongan para poner fin al conflicto armado<sup>3</sup>.

En este contexto, la Corte ha sido reiterativa y enfática en que los derechos de las víctimas de delitos a la verdad, a la justicia, a la reparación y las garantías de no repetición, tienen un contenido mínimo que no puede ser reducido.

Así, la Corte ha señalado que en virtud del *derecho a la justicia*, el Estado tiene las siguientes obligaciones:

- (1) Prevenir las graves violaciones de derechos humanos, especialmente cuando se trata de violaciones masivas, continuas y sistemáticas;
- (2) luchar contra la impunidad;
- (1) establecer mecanismos de acceso ágil, oportuno, pronto y eficaz a la justicia para la protección judicial efectiva de los derechos de las víctimas;
- (2) investigar, procesar y sancionar judicialmente a los responsables de graves violaciones de derechos humanos;
- (3) establecer plazos razonables para los procesos judiciales;
- (4) iniciar *ex officio* las investigaciones en casos de graves violaciones contra los derechos humanos;
- (5) establecer limitantes y restricciones derivadas de los derechos de las víctimas, frente a figuras de seguridad jurídica tales como el *non bis in idem* y la prescriptibilidad de la acción penal y de las penas, en casos de violaciones protuberantes a los derechos humanos;

---

<sup>3</sup> Criterio reiterado también en las sentencias C-936 de 2010 y C-771 de 2011.

- (6) determinar límites frente a figuras de exclusión de responsabilidad penal o de disminución de las penas en procesos de transición;
- (7) garantizar la centralidad de la participación de las víctimas dentro del proceso penal.

Igualmente, la jurisprudencia aquí destacada señala que el *derecho a la verdad* se fundamenta en el principio de dignidad humana, en el deber de memoria histórica y de recordar, y en el derecho de las víctimas al buen nombre y a la imagen, de manera que implica, como mínimo, una dimensión individual y una colectiva.

En este caso, para la Corte la dimensión individual del derecho a la verdad implica que las víctimas y sus familiares obtengan un esclarecimiento sistemático y completo sobre los hechos, los responsables y las consecuencias de lo sucedido mediante la oportunidad de conocer la autoría del hecho victimizante, los motivos y las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrieron los hechos delictivos, y finalmente, el patrón criminal que marca su comisión. Por su parte, la dimensión colectiva del derecho a la verdad implica que la sociedad debe conocer la realidad de lo sucedido.

En este orden de ideas, la Corte destaca la necesaria coherencia entre la verdad procesal o judicial y la verdad social, lo cual se logra con la combinación de investigaciones criminales con el fin de esclarecer la responsabilidad penal individual y grupal/organizacional y la verdad de los hechos, y de mecanismos alternativos de reconstrucción de la verdad histórica. También la Corte incluye dentro de las obligaciones inherentes a este derecho, la garantía para que los familiares de las personas desaparecidas conozcan su situación y el resultado de las investigaciones oficiales.

Igualmente, la jurisprudencia actualmente vigente de la Corte ha sido reiterativa en establecer que el derecho a la reparación integral, y las medidas que este derecho incluye, se encuentran regulados por el derecho internacional en todos sus aspectos. De conformidad con dicha regulación, la Corte ha considerado lo siguiente:

- (1) Que el derecho a la reparación de las víctimas es integral, en la medida en que el objeto de la justicia en este contexto es básicamente la dignificación y restauración plena del goce efectivo de los derechos fundamentales de las víctimas;

- (2) que las obligaciones de reparación incluyen, en principio y de manera preferente, la restitución plena (*restitutio in integrum*);
- (3) que de no ser posible tal restablecimiento pleno es procedente la compensación a través de medidas como la indemnización pecuniaria por el daño causado;
- (4) que la reparación integral incluye además de la restitución y de la compensación, una serie de medidas tales como la rehabilitación, la satisfacción y garantías de no repetición;
- (5) que la reparación integral a las víctimas de graves violaciones a los derechos humanos tiene tanto una dimensión individual como colectiva, de manera que en su dimensión colectiva la reparación se obtiene también a través de medidas de satisfacción y de carácter simbólico o de medidas que se proyecten a la comunidad;
- (6) que la reparación integral a las víctimas debe diferenciarse de la asistencia y servicios sociales y de la ayuda humanitaria brindada por parte del Estado; y
- (7) que el Estado debe garantizar todas las medidas, tanto de atención como de reparación a las víctimas, hasta el restablecimiento total del goce efectivo de sus derechos.

Lo anterior indica la necesidad de otorgar centralidad al reconocimiento de las víctimas como sujetos de derechos específicos en la transición hacia la paz, lo cual ha sido reiterativo entre los planteamientos axiológicos o programáticos del Punto 5 del Acuerdo final destacado entre el Gobierno colombiano y las FARC-EP.

Uno de los fundamentos de la centralidad de las víctimas en iniciativas transicionales tiene que ver con la necesidad social de que éstas respondan no solamente al propósito de la dejación de las armas, sino a la visión *holística* de la transición que implica la búsqueda de una paz verdadera, positiva y estable que solo es posible con actos reales de justicia para con quienes han padecido el dolor del pasado de abusos que la sociedad busca superar.

Al tiempo, los dilemas de la justicia transicional colombiana, asociados principalmente a un conjunto de iniciativas normativas de excepción que se han desplegado en vigencia de los conflictos que dan lugar a la victimización, entre las cuales se destaca precisamente la ya mencionada Ley 1448 de 2011, establecen dos tipos de obligaciones a la institucionalidad y la sociedad colombiana: una de carácter ético y otra de carácter jurídico.

La obligación ética consiste en contribuir a la cesación de las causales de la victimización mediante un orden de intervención institucional basado en las *garantías reales y efectivas de no repetición de los hechos y patrones victimizantes*. Lo anterior implica, a su vez, una obligación jurídica de priorizar y profundizar la prevención y protección de las víctimas.

La obligación ética implica un *basta ya* que interpela a la sociedad y la obligación jurídica lleva consigo la búsqueda y realización del *nunca más* como ámbito de reconciliación social y política basada en la justicia y el reconocimiento/esclarecimiento del daño, las víctimas y las responsabilidades tanto de perpetradores directos y “a la sombra” como de sus beneficiarios.

De lo anterior se desprende un ámbito analítico que en otros textos de los autores se ha denominado *justicia transicional pro víctima* (Garay Salamanca y Vargas Valencia, 2012, pp. 68-80). Este concepto implica aplicar las variables de Verdad, Justicia y Reparación para con las víctimas como condiciones de legitimidad de toda iniciativa transicional que se base en una verdadera reconstrucción democrática como indicativo de la superación del pasado de abusos e injusticias.

A su vez, la obligación jurídica surge de un entrecruzamiento entre dos escenarios contextuales: la existencia de poblaciones y territorios sometidos a situaciones análogas a las que dan lugar a la declaración de un ECI como la contenida en la Sentencia T-025 de 2004, y su superación mediante la finalización del conflicto armado interno como escenario de los abusos que dan lugar a la victimización<sup>4</sup>.

En este caso, la justicia transicional *pro víctima* también implica una visión del conflicto armado interno *en sentido amplio*, es decir, no limitado exclusivamente a su versión militar o bélica, sino en relación con causas y factores económicos, políticos, sociales y culturales

---

<sup>4</sup> En este caso, se hace alusión a los planteamientos de Guerrero Barón (2002) y García Villegas & Espinosa (2013) con base en los cuales puede afirmarse que los territorios sometidos a la violencia armada en el marco del conflicto pueden considerarse “regiones de exclusión”, a saber: “Amplios territorios secularmente sin presencia estatal y dominados por poderes privados o para-estados” (Guerrero Barón, 2002, p. 284) o zonas de “apartheid institucional”. En este caso, las poblaciones que viven en estos territorios, “están, de hecho, por fuera del contrato social (por cuanto) no cuentan con una institucionalidad básica que les permita hacer efectivos sus derechos y, en consecuencia, se encuentran en una situación de vulnerabilidad similar, o peor, que aquellas en las cuales la Corte Constitucional ha declarado un Estado de cosas inconstitucional” (Cfr. García Villegas & Espinosa, 2013, p. 155).

que facilitan el actuar macro-criminal de los actores armados, lo exacerbaban, o constituyen un plano de usufructo o beneficio de los hechos victimizantes.

Ello por cuanto dicha visión (1) facilitaría la identificación de las fuentes materiales e inmateriales de reparación, más allá de la responsabilidad subsidiaria del Estado que al tiempo que corre el peligro de reducir el esclarecimiento a la versión de los victimarios, puede llegar a imponer una visión atenuada del alcance de la reparación por la limitación de recursos para dicho propósito, y (2) contribuiría a una intervención *reparadora* más eficaz por cuanto la identificación de dichos factores supone, como lo ha hecho la Corte Constitucional en los Autos 004 y 005 de 2009 proferidos en el marco del seguimiento a la Sentencia T-025 de 2004, su carácter regional y, por ende, su esclarecimiento, sanción y corrección en los territorios disputados.

El factor territorial, en este caso, resulta fundamental para la aplicación de medidas en correspondencia con la satisfacción del esclarecimiento de causas y factores, de hechos victimizantes y de su sistematicidad de cara al actuar macro-criminal destacado, como premisa mayor del goce efectivo de los derechos (GED) a la verdad, la justicia y la reparación. Si se desconoce dicho factor, se atentaría perversamente en contra no solo de la eficacia de toda política pública, sino también del ámbito por excelencia de la paz que no puede ser otro que el territorial.

De esta manera, la paz está vinculada a la protección y garantía de la vigencia de derechos negados o vituperados, y se expresaría como un acto *holístico* de corrección de injusticias estructurales que iguala positivamente a las víctimas de violaciones a derechos humanos como el desplazamiento, con otros sujetos vulnerados por los factores subyacentes o vinculados al conflicto o por las disputas violentas de carácter territorial que la justicia transicional busca resolver por la vía de la transformación democrática.

En este orden de ideas, el resarcimiento de las víctimas a través de la verdad, la justicia y la reparación, en un sentido *holístico*, tiene una afirmación pública y social de carácter democrático que consiste en el reconocimiento de la subjetividad política y la ciudadanía de las víctimas, como derecho a incidir en las decisiones públicas que les afectan.

Para ello, resulta necesario interpelar a su sufrimiento como dato necesario para el proyecto de futuro que supone la no repetición y la superación de los abusos por la vía transicional puesto que la interpelación desde la experiencia del sufrimiento exige que todo marco de justicia de transición, tenga “en cuenta el dolor acumulado y su significación ya que sin tenerlo en cuenta, cualquier salida política a la violencia será en falso” (Reyes Mate, 2008, p. 30).

Desde esta perspectiva, la paz estaría asociada “al deber de hacer justicia al sufrimiento de la víctima, de manera que éste, en tanto sufrimiento inocente, sea prioritario y vertebrador en el proceso de transición” (Vargas Valencia, Garay Salamanca y Rico Revelo, 2016, p. 105). Así, la postura de una *justicia transicional pro víctima* parte de la afirmación según la cual, el asunto central de la transición a la paz no son los intereses de la institucionalidad o de los actores violentos, sino el resarcimiento material y moral a las víctimas, lo que lleva implícito un compromiso histórico del “reconocimiento de que la víctima hace parte de la sociedad y que sin ella, nadie es ciudadano” (Reyes Mate, 2008, p. 40).

### **Justicia anamnética como marco de una justicia transicional de tipo restaurativo**

Desde la filosofía del derecho se ha desarrollado una perspectiva del derecho o de la justicia centrada fundamentalmente en las injusticias y en su superación efectiva, antes que única y exclusivamente en los delitos y los castigos como es el caso de la concepción tradicional del derecho, específicamente del derecho penal y la criminología.

Al entenderse la justicia más allá de la distributiva con la vindicación de lo justo y del bien común, ésta ha de centrar su atención en las injusticias pasadas y presentes, y por ello “*tiene que responder a la injusticia mientras no sea satisfecha*” (Reyes Mate, 2011, p. 238), buscando develar la verdad de los hechos y daños, de los responsables y de las víctimas afectadas. Este es el sentido de la llamada justicia anamnética o justicia memorial (o de la memoria). En términos de Zamora y Reyes Mate (2011):

La justicia anamnética es un concepto de justicia que se interroga por los derechos negados en el pasado, por la vigencia del daño que sufrieron las víctimas inocentes, por los vínculos entre la injusticia presente y la pasada. A partir de este vínculo se hace patente que hacer justicia no consiste sólo en castigar al culpable, sino también en

adoptar la perspectiva de las víctimas... Para construir un mundo basado en la justicia es imprescindible la memoria (pp. 5-6).

En este contexto, el reconocimiento de la existencia de la *injusticia* es la premisa necesaria para que una sociedad avance en el tránsito de la disputa en la violencia a la disputa en la justicia (Vargas Valencia, 2013; Garay Salamanca, 2014). En consecuencia, una justicia anamnética obligaría seguramente a pensar una nueva concepción del derecho, al menos a pensar su justicia (la justicia del derecho) no únicamente en función del castigo al criminal (que es lo habitual) sino también de la respuesta a la injusticia padecida por la víctima (Cfr. Zamora y Reyes Mate, 2011).

Pero esta perspectiva de justicia resulta especialmente exigente: se debe develar plenamente la verdad de los hechos victimizantes como origen de las injusticias y de las responsabilidades y culpas de los victimarios en el sentido que la culpa sobrevive al delito por constituir “un concepto moral que liga la conciencia del agente con el daño de la víctima... de suerte que sigue vigente aunque se haya cumplido el castigo previsto por ley” (Reyes Mate, 2011, p. 293).

Ahí reside la necesidad de velar estrictamente por la integralidad de los derechos a la verdad, a la justicia, a la reparación y las garantías de no repetición. A simple vista podría aducirse que un tipo de concepción como el de justicia anamnética pareciera ser al que acude el esquema de justicia restaurativa así denominado en el Punto 5 del Acuerdo destacado entre el Gobierno y las FARC-EP. Sin embargo, el esquema restaurativo planteado no logra cumplir suficientemente con requisitos esenciales de una visión anamnética, en especial en lo referente a los siguientes aspectos:

- (1) Las exigencias para develar la verdad judicial de las injusticias cometidas contra las víctimas;
- (2) la preeminencia/complementariedad de la concepción individualista caso-por-caso sobre la concepción sistémica o de crimen de sistema para la comprensión y el tratamiento de injusticias sistemáticas victimizantes;
- (3) los procedimientos para identificar efectivamente las responsabilidades y culpas individuales y colectivas en la victimización;

- (4) los alcances y modalidades de reparación individual y colectiva, material y moral/inmaterial; y
- (5) el grado de énfasis y los mecanismos de política pública para develar la verdad social/histórica de las injusticias victimizantes.

### **Algunas falencias básicas del esquema de justicia restaurativa planteadas en el Punto 5 del Acuerdo final destacado**

A continuación se analizan algunas de las principales falencias del esquema de justicia restaurativa planteado en el Punto 5 del Acuerdo final destacado a la luz de la justicia anamnética.

#### *Concepción para el juzgamiento y el esclarecimiento de la verdad del proceso de victimización*

El Punto 5 del Acuerdo final destacado privilegia una concepción individualista, caso-por-caso, del proceso de victimización reproducido por el accionar de las FARC-EP como organización armada ilegal en el que se privilegia el trato de cada uno de los hechos victimizantes por separado y se busca develar las responsabilidades de carácter individual y segregado de cada uno de los agentes involucrados, con el agravante de que se desconoce o al menos no se le brinda el alcance que debiera a la relación de responsabilidad de la cadena de mando, resguardando la responsabilidad en última instancia de las jerarquías de mando a no ser que se les demuestre efectivamente que ordenaron, permitieron, promovieron o conocieron el hecho victimizante.

Esta concepción implica un retroceso a lo que se había venido avanzando en el marco de los procesos tanto de parapolítica adelantados por la Corte Suprema de Justicia como de Justicia y Paz en términos de la aplicación y desarrollo de la concepción de crímenes de sistema con el análisis de contexto, priorización, especificación de estructuras ilegales/criminales con la participación de agentes tanto ilegales como *grises/opacos* que actúan entre la legalidad y la ilegalidad, identificación de máximos responsables y diferenciación de patrones de macro-criminalidad y macro-victimización, entre otros.

Dada la masividad y diversidad de hechos victimizantes, crímenes y víctimas en el

prolongado periodo de actuación de las FARC-EP como organización armada ilegal con una variedad de estructuras operativas, se requiere adoptar el enfoque sistémico de macro-criminalidad<sup>5</sup> (y, consecuentemente, de máximos responsables<sup>6</sup>) para caracterizar el actuar de las redes FARC (estructura organizativa y tipología de relaciones determinantes entre agentes miembros para la ejecución de actos ilícitos/criminales e incluso aparentemente lícitos o *grises/opacos*) y la clase de participación/compromiso de diversos agentes tanto ilegales como *grises/opacos* –en particular de funcionarios públicos, empresarios, comerciantes, profesionales, entre otros– en la ejecución de crímenes de sistema (Garay Salamanca, 2014).

Sin duda, como lo señala Garay Salamanca (2014):

Un enfoque de corte sistémico –y no meramente individualizado/casuístico como el que se derivaría de la perspectiva penal ortodoxa en el que «un delito es cometido aisladamente por un individuo y resulta afectando directamente a otro(os) individuo(s)»– (sirve) para dar debida cuenta de una nueva forma de criminalidad organizada, reconociéndose la existencia de una estructura de poder armado ilegal interviniendo en diversas instancias con variadas formas de acción, desde la militar con la comisión de masacres, desplazamientos forzados masivos, delitos de violencia de género y sexual, etc., hasta la propiamente política ... que lleva a atentar contra la estabilidad de las instituciones e incluso contra las mismas bases del Estado de Derecho.

---

<sup>5</sup> A este respecto, como lo señalan Garay Salamanca y Salcedo-Albarán en un documento de la Fundación Vortex (2013), con derechos cedidos a la FIBGAR: “Una red macro-criminal es una red social que se establece para lograr propósitos criminales mediante la realización de diversas actividades tanto delictivas como no propiamente delictivas. ... La cantidad y los tipos de nodos/agentes (miembros de la red) y de interacciones (establecidas entre agentes partícipes en la red para la comisión de actividades como delitos, etc.) que conforman una red macro-criminal pueden ser muy elevados, pero siempre (son susceptibles de) ser ... clasificados, ordenados y analizados para generar modelos y representaciones gráficas que permitan caracterizarla sistemáticamente (en términos de su estructura, su mando, su accionar y sus relaciones y agentes responsables)” (lo que está entre paréntesis es propio).

<sup>6</sup> Garay Salamanca y Salcedo-Albarán (2013) los definen así: “De manera consecuente con la noción de red criminal, un “máximo responsable” puede definirse como aquel nodo/agente (o grupo de nodos/agentes) cuya acción es relevante, y en algunos casos determinante de la estructura, la estabilidad y el accionar de una red criminal. En términos generales, dicho nodo/agente (o grupo) se caracteriza, (entre otras condiciones), por: (i) participar en interacciones estructurales, (ii) registrar elevados indicadores de centralidad directa y/o de capacidad de intermediación –betweenness–, y (iii) gestionar interacciones de alta frecuencia, es decir, aquellas que pueden definirse como interacciones de “alta intensidad”. Dichos criterios no son mutuamente excluyentes entre sí, de manera que un mismo nodo/agente (o grupo) puede aparecer clasificado de manera simultánea en los tres, (entre otros)” (lo que está entre paréntesis es propio).

Una posible manera de abordar la grave omisión de una concepción de crimen de sistema para el juzgamiento de miembros de las FARC-EP por acciones victimizantes relacionados con violaciones de derechos humanos e infracciones al DIH en el marco del conflicto armado, podría ser al momento de la implementación del acuerdo en lo que se refiere al esclarecimiento de la verdad tanto judicial en la circunscripción de la justicia restaurativa como social/histórica en el ámbito de la Comisión para el esclarecimiento de la verdad. Obviamente, la mejor alternativa y la manera más transparente de proceder sería la de convenir en un eventual ajuste del mismo Punto 5 del Acuerdo adoptando el enfoque de crimen de sistema y máximos responsables.

Ahora bien, en lo que se relaciona con la exención de responsabilidades derivadas por el mero hecho de la cadena de mando, es claro que de preservarse este enfoque hasta ahora acordado entre el Gobierno y las FARC-EP en los ámbitos judicial y de la verdad social favorecería principal e indebidamente los intereses de los mandos medios y altos de la organización ilegal, exonerándolos de amplias responsabilidades de última instancia como máximos responsables, aunque obviamente no de sus culpas en su carácter de imperativo moral para los victimarios.

Con el agravante que de aplicarse esta exención en el juzgamiento a miembros de las fuerzas militares involucrados en procesos de victimización en el marco del conflicto armado en sentido amplio (en la acepción adoptado por la Corte Constitucional), llevaría a otorgarle un cariz de acuerdo de transacción entre cúpulas o élites del establecimiento legal y la organización ilegal, más aún si a otros agentes supuestamente legales pero en la práctica *grises/opacos* (como funcionarios públicos, empresarios, etc.) o incluso ilegales se les juzga desde una concepción individualista caso-por-caso y no sistémica. En estas circunstancias, se generarían condiciones propicias para la reproducción de un injustificado y exclusivo favorecimiento a mandos medios y altos (cúpulas) y en detrimento del derecho a la verdad, a la justicia y a la reparación de las víctimas.

### *La sanción y su carácter reparador*

El esquema de justicia restaurativa del Punto 5 del Acuerdo destacado prevé el establecimiento de sanciones que tengan a su vez efectos reparadores a las víctimas mediante la participación directa de los responsables victimarios en actividades dirigidas a la reparación de daños infligidos a las víctimas, de índole individual y colectiva.

Se trataría de una sanción a los victimarios con impacto reparador para las víctimas, con un alcance transformador en la medida en que favorezca el establecimiento de unas mejores condiciones para el bienestar y el desarrollo de proyectos de vida de las víctimas que las observadas con antelación al hecho victimizante. Esto es particularmente relevante cuando se trata de víctimas individuales o colectivas como comunidades en condiciones de vulnerabilidad.

Como se profundiza en la parte final del escrito, una característica del Acuerdo es su particular énfasis en la reparación colectiva y de tipo simbólico que se haría especialmente por parte de las FARC como organización en su conjunto o por grupos de responsables ante comunidades y colectivos victimizados, por supuesto sin excluir las reparaciones individuales a que den lugar, pero sin precisar procedimientos y obligaciones (pecuniarias y morales/inmateriales) que no sean supuestamente otras que las que se rigen por la Ley 1448 de 2011 (conocida como Ley de víctimas) en vigencia hasta 2021.

Con el agravante que el Acuerdo no enfatiza debidamente en la responsabilidad pecuniaria de la FARC-EP para financiar la reparación de los daños individuales y colectivos, materiales y morales/simbólicos, dejándose en gran medida al Estado la responsabilidad en última instancia de la reparación, no obstante los indicios existentes sobre la obtención de importantes recursos financieros a través de diversas actividades ilegales realizadas por las FARC (como el tráfico ilegal de estupefacientes, la extorsión y la minería criminal) y a pesar de las enseñanzas derivadas de los procesos de Justicia y Paz consistentes en la inexistente o muy precaria aportación de bienes y recursos de los comandantes narco-paramilitares para la reparación de sus víctimas.

En últimas, el Acuerdo no establece ninguna exigencia mayor a las prevalecientes en la

normativa vigente sobre la reparación y restitución de tierras a las víctimas, quizás por el propio interés del Gobierno de no poner en riesgo avances jurisprudenciales en materia de restitución de tierras si se optara por reformar la Ley 1448, sin establecer acciones específicas para asegurar la posible financiación de la reparación a cargo de fondos acumulados por las FARC-EP, diferentes a las disposiciones normativas sobre extinción de dominio que, a propósito, han demostrado ser bastante ineficaces en la práctica real, y a no ser que existan otros acuerdos específicos sobre la confiscación y uso de los recursos provenientes del narcotráfico de las FARC-EP con países extranjeros como los Estados Unidos en el contexto de la lucha internacional contra las drogas ilícitas y el terrorismo, y también al brindársele especial atención a la reparación colectiva y simbólica.

Como se verá más adelante, en la eventual implementación del Acuerdo se deberían complementar las exigencias y condiciones para la reparación y su financiación, y aprovechar para enmendar algunas de las fallas del proceso de indemnización administrativa implantado en el marco de la Ley 1448. De cualquier forma, para poder analizar el alcance de la sanción como efecto reparador es necesario distinguir la naturaleza, intensidad y oportunidad del daño infringido a la víctima.

#### *Daño, responsabilidad y libertad individual*

Como lo señalan Garay Salamanca y Vargas Valencia (2016), el daño es un concepto complejo y ambiguo con múltiples acepciones en términos de afectación y consecuencias en términos de responsabilidad, y está caracterizado por las causas, los impactos y los agentes intervinientes.

Por otro lado, según Peña (2005) el daño puede ser de tipo patrimonial cuando afecta bienes susceptibles de valoración económica, en tanto que el daño extra-patrimonial o daño moral es aquel que no conduce a una afectación del patrimonio al recaer en derechos fundamentales individuales o colectivos.

Asimismo, cabe resaltar que la existencia de un daño genera una responsabilidad de índole no solo jurídica formal sino también ética por parte del agente/sujeto victimario con respecto al agente/sujeto víctima consecuente con la reparación efectiva y oportuna de las afectaciones

producidas. En el caso del victimario aquí reside, precisamente, la asociación de carácter ético entre el daño como responsabilidad y la culpa.

Por su complejidad se ha generado un amplio debate respecto de la teoría de la responsabilidad por los daños. El principio del daño fue identificado por John Stuart Mill como el único válido para justificar la limitación de las libertades individuales, y vino a ser profundizado por Feinberg (1987), llegando a delinear los límites morales a la libertad individual con la imposición de leyes que la regulan a través de obligaciones y derechos como es el caso de la especificación de delitos y sus penalidades en la normativa penal.

Lo que de extenderse para el caso de una justicia de tipo restaurativo llevaría a delimitar los límites morales de la libertad individual con la contraprestación de exigencias en su contribución a la verdad de los hechos victimizantes, la precisión de responsabilidades individuales y colectivas (en el caso de las FARC-EP como organización armada ilegal), la especificación de sanciones y la imposición de deberes en la reparación de las víctimas como marco jurisprudencial de la justicia transicional restaurativa *pro víctima*.

En el Punto 5 del Acuerdo Final se establece que los postulados a la justicia restaurativa deben aportar *a la verdad* y asumir sus responsabilidades para poder optar por un trato preferencial en términos de la libertad individual y de la imposición de unas sanciones para reparar a las víctimas, de orden individual o colectivo, según la gravedad de los hechos victimizantes. Por supuesto, la clave del debate en el marco de la teoría de la responsabilidad del daño reside en la graduación de las limitaciones de la libertad y de las sanciones reparativas a la luz de la gravedad de los daños reproducidos.

¿Acaso la aceptación de la responsabilidad de un crimen de lesa humanidad justificaría plenamente la imposición de ciertas limitaciones a la movilidad personal y sin pena de cárcel por un periodo corto de tiempo y de unas sanciones reparativas muy genéricas y, pareciera, al menos en principio, insuficientemente vinculantes en el tiempo?

Una graduación injustificada por razones morales/éticas y/o sociales sería todavía más crítica en el caso de victimarios con responsabilidades de mando a los que solo se les involucraría en hechos victimizantes (asociados con la violación de derechos humanos e infracción al

DIH) realizados por sus subalternos si se les probara debidamente que con antelación los conocieron, promovieron o mandaron ejecutar, y más aún si la judicialización fuera individual y no sistémica (crimen de sistema), lo que *de facto* conduciría a un trato claramente inequitativo y favorable a los responsables de mando (máximos responsables). Esto aplica tanto al caso de las FARC-EP como de las Fuerzas Militares y otros agentes sociales determinantes como funcionarios públicos, empresarios, etc., si a éstos se les decidiera extender este esquema de justicia restaurativa.

En la graduación de limitantes y sanciones radica una de los grandes retos de filosofía del derecho y de sociología política para que un esquema de justicia restaurativa como el previsto en el Punto 5 del Acuerdo destacado contribuya debidamente al esclarecimiento de la verdad jurídica e histórica de la victimización, a la impartición de justicia en condiciones de equidad (horizontal por equivalencia entre agentes victimarios y/o entre hechos victimizantes) y progresividad (vertical por correspondencia con el grado de responsabilidad de los agentes victimarios y/o de gravedad entre hechos victimizantes) y a la efectiva reparación de las víctimas.

Sin duda, el eventual ajuste y/o implementación del acuerdo debería profundizar en criterios y condiciones para la definición de limitaciones de libertad individual y de sanciones, y calibrar con mayor detalle y adecuada ponderación las responsabilidades y sanciones reparativas, en aras de lograr una adecuada legitimidad moral y societal del esquema de justicia restaurativa adoptado. En la parte final se ahonda un poco más al respecto.

#### *Daños y reparaciones de naturaleza colectiva*

La violación de derechos colectivos conlleva daños materiales y/o inmateriales o morales de índole colectiva ya sea en detrimento de colectivos propiamente dichos como de individuos pertenecientes a una comunidad pero con impacto de carácter colectivo. Ahora bien, como se sostiene en Garay y Vargas 2016, los daños colectivos también incluyen la afectación o reproducción simultánea de violaciones de derechos de índole estrictamente individual.

A este respecto, es de mencionar que, según Lorenzetti (2002), el daño de un bien colectivo es no sólo una afectación de la esfera social del individuo, sino del bien colectivo como un

componente del funcionamiento social y grupal. He ahí la importancia de este tipo de daño a nivel colectivo en el caso de conflictos armados como el colombiano por la reproducción de procesos de macrovictimización de colectivos y comunidades vulnerables como las étnicas.

Ahora bien, el daño colectivo puede ser de naturaleza moral o material/patrimonial, según se trate de la afectación de intereses de naturaleza extra-patrimonial y colectiva o de intereses colectivos propiamente patrimoniales. Así pues, como lo señala Peña (2005):

El daño moral está constituido por la lesión al bien a sí mismo, con independencia de las repercusiones patrimoniales que tenga, y fundándose en que se lesiona el bien colectivo en su propia existencia o extensión. De modo que el perjuicio inmaterial surge por la lesión al interés sobre el bien de naturaleza extrapatrimonial y colectiva.

Con el ingrediente adicional que autores como Morello, Mosset y Stiglitz (1994) argumentan que ante el hecho de que el daño moral colectivo comprende a “un grupo o categoría que, colectivamente y por una misma causa global, se ve afectado en derechos o intereses de subida significación vital”, este daño debería ser tutelado de modo preferente por la Constitución y la ley.

Además, el daño moral se genera corrientemente con violaciones de derechos de carácter colectivo como ocurre en un conflicto armado, por lo que resulta de especial relevancia la reparación simbólica, entendida como:

... toda prestación realizada a favor de las víctimas o de la comunidad en general que tienda a asegurar la preservación de la memoria histórica, la no repetición de los hechos victimizantes, la aceptación pública de los hechos, el perdón público y el restablecimiento de la dignidad de las víctimas. (Artículo 8, Inciso 7º, Ley 975 de 2005).

Desde luego, las reparaciones de índole colectiva deben compensar no solo los daños morales sino también los patrimoniales sufridos por sujetos colectivos. En este contexto, para asegurar una reparación integral colectiva que sea justa y comprensiva, según está argumentado por Garay Salamanca y Vargas Valencia (2016), dependiendo de la intencionalidad, la alevosía, la sistematicidad y la gravedad de las acciones que violan derechos de carácter colectivo, la (sanción) en el caso de los agentes infractores puede ir más

allá del monto de los daños compensatorios infringidos a una colectividad, con la imputación de daños punitivos.

Se trata de la imputación de una sanción pecuniaria de índole colectiva a demanda del(de los) sujeto(s) colectivo(s) afectado(s), complementaria al resarcimiento de daños compensatorios colectivos, por una cuantía suficiente para garantizar que su impacto alcance a ser efectivo y que guarde relación no sólo con la afectación social sino también con los beneficios que se pudieron derivar de su accionar ilícito, y que se impone como castigo al dolo, la malicia y la comisión de un(os) ilícito(s) grave(s) de trascendencia colectiva. Esta aproximación, cobraría sentido en casos de desplazamiento, abandono y despojo forzados de tierras que implican la desvertebración de organizaciones sociales y la ruptura del tejido social en los territorios afectados.

Infortunadamente, aparte de las inmanentes dificultades de dar una adecuada valoración pecuniaria y extra-pecuniaria de los daños morales de carácter colectivo para especificar su efectiva reparación y que, por ende, la reparación no logre en la práctica real compensar debidamente todos los daños, la reparación de daños colectivos es difusa por lo cual, adquiere aún mayor significancia la concepción de la Corte Constitucional colombiana en el sentido de catalogar el derecho a la reparación como un derecho fundamental complejo en el sentido estricto del término.

Todo lo anterior lleva a reconocer que solamente se podría realizar una reparación parcial de los daños de índole individual y colectivo, especialmente cuando se decide privilegiar a la reparación colectiva con énfasis en la simbólica/moral, sin excluir las reparaciones individuales pero circunscritas sin ninguna exigencia adicional a la normativa establecida en la Ley 1448 de 2011, lo cual se desprendería de los lineamientos establecidos en el Punto 5 del Acuerdo final destacado conforme a la interpretación que se comparte en las líneas finales del presente escrito y que, en todo caso, implica, como se menciona en la introducción, una aplicación de conformidad a las pautas jurisprudenciales *pro víctima* actualmente vigentes en la materia.

Además de los problemas y críticas que ello generaría en términos del derecho a la reparación integral que le corresponde a todas y cada una de las víctimas, individuales y colectivas, se

le estaría dando determinada prelación a la reparación simbólica por parte de las FARC-EP como organización armada ilegal, contribuyendo así a diluir en buena medida la responsabilidad y obligación individual de los responsables de mando en la reparación de las víctimas.

La necesidad de equilibrar adecuadamente las medidas de reparación, tanto individuales como colectivas, y las obligaciones según grado de responsabilidad, mediata e inmediata, ha de ser una de las prioridades en el eventual ajuste, implementación y aplicación del Punto 5 del Acuerdo final destacado en clave del goce efectivo del derecho a la reparación de las víctimas.

### **La importancia de la justicia anamnética como requisito de legitimación de un esquema de justicia restaurativa**

Si al fin de cuentas se aceptara que por razones como la masividad de la victimización en términos de población afectada y de derechos violados y su perdurabilidad por un periodo prolongado en el marco del conflicto armado en sentido amplio, a pesar de un comprobado compromiso irrenunciable por parte del Estado en cumplimiento de su responsabilidad en última instancia por velar por los derechos de las víctimas, no resulta posible lograr una judicialización plena de todos los hechos victimizantes y sus responsables, ni tampoco una reparación integral para todas las víctimas, se estaría generando un serio vacío en la implantación de justicia, en el sentido de lo justo y del bien común, sobre injusticias reproducidas en el pasado y en el presente por no develarse judicialmente la totalidad de los hechos, de los responsables de las injusticias y de las víctimas afectadas por las mismas.

De esta manera, surge la necesidad inapelable de avanzar efectivamente hacia una justicia anamnética o justicia memorial (de la memoria), que se sustenta en develar social e históricamente la responsabilidad frente a toda injusticia y en la construcción de la realidad (Garay Salamanca, 2014). Así pues, se han de interponer y comprometer todos los esfuerzos realizables para develar la máxima verdad posible sobre los hechos victimizantes, sus autores mediatos e inmediatos/directos, sus máximos responsables, sus propósitos directos e indirectos, sus medios y procedimientos, sus víctimas individuales y colectivas, y sus diversos derechos violados.

Consecuentemente, se ha de instaurar una justicia sustentada no solo en el derecho penal, sino también en la construcción de una memoria institucional y societal de las injusticias reproducidas en Colombia en el contexto de un conflicto como el armado en sentido amplio, para progresar hacia una estricta justicia general (Garay Salamanca, 2014).

Por ello, se han de reforzar mecanismos y procedimientos complementarios (ordinarios y excepcionales) de justicia y simultáneamente se deben implantar otros instrumentos, metodologías y garantías reforzadas para contribuir al esclarecimiento de la verdad de los procesos de victimización, que sean complementarios a los existentes a nivel normativo y en el Acuerdo mismo, como, por ejemplo, la Comisión de la verdad, abordando los hechos con una perspectiva hermenéutica diferente a la de la justicia formal (sin las exigencias probatorias de esta última) que permita develar al máximo posible una verdad social de la victimización ocurrida en Colombia durante el conflicto armado.

### **Alcances y retos del Acuerdo en materia de reparación**

Vistas las particularidades que el Acuerdo objeto de análisis presenta en relación con los derechos a la verdad y a la justicia en su dimensión *reparadora* a la luz de los retos de la *justicia anamnética*, es preciso concluir con algunos comentarios respecto a las medidas de reparación propiamente dichas, lo que supone, en principio, una lectura analítica del apartado 5.1.3. del Punto 5 del Acuerdo entre el Gobierno nacional y FARC-EP.

En lo primero en lo que es necesario recabar es en el énfasis particular que el Acuerdo imprime sobre la dimensión colectiva de las medidas de reparación, como ya se ha destacado en líneas anteriores. Ello por cuanto presenta un esquema en el que se le otorga mayor importancia a estrategias tales como:

- (1) Realización de actos tempranos de reconocimiento de responsabilidades *colectivas*;
- (2) coordinación entre actos voluntarios de contribución a la reparación de las víctimas y programas de reparación *colectiva territorial*;
- (3) determinación de acciones colectivas de reparación en casos en que antes del Estado hubieran tenido responsabilidad en los daños reconocidos por el Acuerdo;

- (4) compromiso de los miembros de las FARC-EP de contribuir a la reparación mediante su eventual participación en obras de reconstrucción de infraestructura en los territorios más afectados por el conflicto y en programas de reparación de *daños ambientales*;
- (5) fortalecimiento del enfoque territorial de los programas de reparación colectiva (existentes) e implantación de un *enfoque reparador comunitario* en los programas de reforma rural integral;
- (6) aunado a lo anterior, incorporación de programas de reparación colectiva en los programas de reforma rural integral;
- (7) énfasis de los ajustes acordados en materia de participación de las víctimas, en los programas de reparación colectiva y en *planes de acción colectiva*;
- (8) fortalecimiento de planes nacionales de reparación colectiva;
- (9) aumento de cobertura y mejoramiento de la calidad de las estrategias de rehabilitación comunitaria para la reconstrucción del tejido social;
- (10) creación de espacios de duelo *colectivo* (en el marco de una estrategia de rehabilitación psicosocial para la convivencia);
- (11) puesta en marcha de programas colectivos de retorno y reubicación de personas en situación de desplazamiento forzado;
- (12) priorización de zonas para retornos y reubicaciones con base en la existencia en las mismas de programas colectivos de desarrollo rural integral y de programas de reparación colectiva; y
- (13) articulación entre los procesos de restitución y los procesos de reparación colectiva.

Este especial énfasis en la dimensión colectiva de la reparación, a todas luces importante y necesario, más claramente suficiente, obedecería al menos a dos razones: (i) a que las partes partieron del supuesto según el cual, las instituciones y mecanismos actualmente existentes en materia de reparación y aplicados con base en la normativa vigente, pueden considerarse idóneos en lo atinente a la dimensión individual de las medidas; (ii) a que el deber de reparar a las víctimas se concreta y ejecuta en el mecanismo establecido en el apartado 5.1.2. del Acuerdo Final, a saber, la “jurisdicción especial para la paz”. Es necesario entonces analizar el alcance de dichas hipótesis con el objetivo de determinar algunos retos pragmáticos de la implementación del Acuerdo en esta materia.

*Un ejemplo para evaluar la idoneidad de las instituciones y mecanismos actualmente existentes en materia de reparación individual a la luz del Acuerdo*

En primer lugar, es importante señalar que persisten falencias de concepción jurídica, formulación, orientación e implementación de la política de atención y reparación a víctimas actualmente vigente (es decir, la establecida en el marco de aplicación de la Ley 1448 de 2011), que se pueden constatar, por ejemplo, en el seguimiento a la Sentencia T-025 de 2004 y en algunas de las sentencias que la Corte Constitucional ha proferido al revisar la constitucionalidad de dicha norma.

Un ejemplo podría dar luces por su carácter emblemático: el de la *indemnización administrativa* a víctimas del desplazamiento forzado y de violaciones que pueden considerarse crímenes de lesa humanidad o en aquellos casos en que concurran en una misma víctima varios de estos hechos victimizantes<sup>7</sup>.

Actualmente, si bien es aceptable reconocer que un programa administrativo tiene por finalidad hacer frente al orden masivo de violaciones facilitando a las víctimas el acceso ágil y expedito a medidas parciales de reparación, razón por la cual se acepta de cierta manera que su dimensión se vea limitada por algunas circunstancias como son las de orden fiscal, también es importante reiterar que dicha aceptación sólo es posible si se garantiza la integralidad del resarcimiento mediante el reconocimiento y otorgamiento simultáneo y complementario de múltiples medidas, que apunten tanto a la reparación de los daños materiales como de los inmateriales, así como a la coherencia o complementariedad entre los ámbitos administrativos y judiciales.

En relación con las víctimas de crímenes de lesa humanidad, la Corte Constitucional en Sentencia C-099 de 2013 señaló que a pesar que su reparación puede implicar un esfuerzo fiscal importante, cuando tales conductas sean imputables al Estado no sólo se está en una situación de máxima exigencia para garantizar la reparación, sino que no hacerlo de manera adecuada pone en riesgo el propósito de construcción de paz que sustenta toda política de

---

<sup>7</sup> La expresión de crímenes de lesa humanidad en este caso se emplea, con base en los razonamientos de la Corte Constitucional en la materia, para describir los actos inhumanos que se cometan como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil, ya sea en tiempos de guerra externo, conflicto armado interno o paz.

atención y reparación a víctimas, aparte de que contraría los fines mismos que justifican la justicia transicional.

Lo anterior significa que a pesar de que existen formas de reparación simbólica que contribuyen a restituir y reconocer la dignidad de las víctimas, tales medidas resultan insuficientes en estos casos, porque, entre otras razones, no garantizan adecuadamente la no repetición de los hechos.

Con base en este razonamiento, la Corte ha podido concluir que cuando concurren crímenes de lesa humanidad, la indemnización administrativa máxima ofrecida por la ley resulta manifiestamente desproporcionada a la luz del daño antijurídico que deberán soportar las víctimas, además de ser ilegítimo anteponer los costos de una eventual reparación imputable al Estado, que puede sacrificar el contenido de derechos fundamentales e impedir que se logre el fin de construcción de paz que busca la ley.

Lo paradójico del tema es que el delito de desplazamiento forzado puede ser considerado de lesa humanidad y que sus víctimas son una inmensa mayoría en el universo reconocido por la norma en mención como beneficiaria del programa administrativo de indemnizaciones criticado por la Corte.

De esta manera, se hace urgente, como se menciona en líneas posteriores, un replanteamiento del concepto de sostenibilidad fiscal como condicionante casi absoluto de la proporcionalidad de las medidas de reparación en lo que atañe al ámbito administrativo. Replanteamiento que obviamente debe verse acompañado de la identificación de fuentes de financiación basadas en la responsabilidad económica de múltiples agentes en relación con las violaciones, de la persecución efectiva de los patrimonios de los victimarios y beneficiarios (incluyendo agentes del Estado), y del cumplimiento real del concepto de *responsabilidad subsidiaria* del Estado (mencionado en el Acuerdo objeto de análisis), que no puede verse distorsionada por la falta de voluntad o el ocultamiento patrimonial de los responsables (perpetradores y beneficiarios) de las violaciones.

Adicionalmente, en relación con las víctimas de desplazamiento forzado, en el marco del seguimiento a la Sentencia T-025 de 2004, la comisión ciudadana de seguimiento al

cumplimiento de dicha sentencia (Comisión de Seguimiento, 2016) ha puesto a consideración de la Corte el hecho de que existan políticas y normas infra-legales o de orden reglamentario que condicionan y postergan injustificadamente el reconocimiento y entrega de los montos indemnizatorios administrativos a las víctimas de este delito.

En efecto, como describe la comisión mencionada, el Gobierno nacional ha implantado una estrategia en la que en una misma ruta se define para las víctimas el suministro de medidas de atención y el ulterior otorgamiento de medidas de reparación denominada “Modelo de Atención, Asistencia y Reparación Integral (MAARIV)” cuya lógica principal es la *no simultaneidad* en la entrega de medidas de una u otra naturaleza.

En este orden de ideas, la ruta tiene como una de sus premisas principales la postergación del reconocimiento de medidas de reparación a las víctimas a un momento ulterior en el que con base en estrategias de medición y evaluación establecidas por la Unidad de Atención y Reparación a Víctimas (UARIV), las personas se encuentren en las condiciones materiales suficientes para que no sea necesario seguir suministrándoles ayudas humanitarias.

Ni las normas internacionales invocadas por el acuerdo objeto de análisis, ni los criterios jurisprudenciales de orden constitucional destacados en el presente escrito, supeditan la entrega de medidas de reparación a víctimas a algún aspecto ajeno a la dimensión del daño.

Sin embargo, la actual política basada en normas reglamentarias de la Ley 1448 (Decretos 1377 de 2014 y 1084 de 2015) establece que si al hogar víctima de desplazamiento forzado se le identifican carencias en la subsistencia mínima, *no puede ser priorizado para recibir las medidas de reparación integral* (indemnización como una de ellas)<sup>8</sup>.

---

<sup>8</sup> Específicamente, “el Decreto 1377 de 2014 (integrado al 1084 de 2015) literalmente supedita el acceso a la indemnización administrativa, al establecer que las víctimas de desplazamiento solamente podrán acceder a los montos de indemnización administrativa contemplados en la Ley 1448 de 2011: 1) si el hogar voluntariamente comienza su proceso de retorno o reubicación en un lugar distinto al de expulsión, incluyendo la reubicación en lugar de recepción; 2) si el hogar ha suplido sus carencias en materia de subsistencia mínima y se encuentra en proceso de retorno o reubicación en el lugar de su elección; 3) si el hogar ha solicitado a la UARIV acompañamiento para el retorno o la reubicación y no pudo realizarse por condiciones de seguridad, siempre y cuando hayan suplido sus carencias en materia de subsistencia mínima” (Cfr. Comisión de Seguimiento, 2015, pp. 35 y 36).

Se trata entonces de un condicionamiento carente de razonabilidad a la entrega de las medidas mencionadas en tanto las personas (los hogares) en las peores circunstancias de vulnerabilidad y precariedad económica actualmente no pueden acceder inmediata y directamente a la reparación.

Además, señala la Comisión de Seguimiento en su informe más reciente sobre el ECI declarado en la Sentencia T-025 de 2004 (Comisión de Seguimiento, 2016) que el Gobierno afirma que el acceso a las medidas de reparación, el cual solo es posible una vez las personas (o los hogares) dejen de recibir atención humanitaria, se encuentra supeditado *en todos los casos* a la disponibilidad presupuestal anual. Para la Comisión de Seguimiento (2016):

... en términos de política, lo anterior significa que los resultados de la política de VJR en su componente de medidas administrativas de reparación se encuentran condicionados a los resultados de la política de asistencia y atención humanitaria. Podría pensarse que las víctimas que no acceden aún al componente administrativo de medidas de reparación podrían solicitarlo en procesos judiciales, pero resulta difícil suponer que personas de escasos recursos y en situación de marginalidad económica y social, cuenten con facilidades para acceder a procesos judiciales complejos como son los penales y los contencioso administrativos (p. 657).

Otros ejemplos en materia de medidas de satisfacción, restitución y rehabilitación podrían sustentar la hipótesis que aquí se comparte según la cual es necesario armonizar la actual política a las normas internacionales sobre reparación a víctimas en escenarios de transición a la paz, mediante reajustes normativos y de política para equilibrar los eventuales vacíos que el Punto 5 del Acuerdo destacado entre Gobierno y FARC-EP presente en la materia. Sin embargo, mencionarlos desbordaría los alcances del presente escrito<sup>9</sup>.

Desde este punto de vista, en lo concerniente a su efectividad y alcances, la implementación del Acuerdo pasaría necesariamente por la re-conceptualización, reorientación, adecuación y fortalecimiento de los mecanismos anteriormente destacados. Si bien en el Acuerdo no hay menciones expresas a la Ley 1448 de 2011, como paradójicamente si las hay a las Leyes 975

---

<sup>9</sup> Para ahondar en ellos, se recomienda consultar el informe citado de la Comisión de Seguimiento sobre la política de VJR para población desplazada (Comisión de Seguimiento, 2016, pp. 625 a 716).

de 2005 y 1424 de 2010, no es equivocado interpretar que en algunos aspectos, el documento conjunto de manera expresa plantea reorientaciones o ajustes a la implementación de dicha norma, lo que supone una reforma a la misma o ajustes reglamentarios, al menos en relación con los siguientes cuatro macro-temas:

- (a) Ampliación de cobertura y mejoramiento de la calidad de la atención psico-social (actualmente definida en los arts. 136 a 137 de la Ley 1448 de 2011);
- (b) fortalecimiento del programa de reconocimiento y reparación de víctimas en el exterior (mencionadas en el art. 204 de la ley citada);
- (c) dinamización de los procesos de restitución de tierras en un escenario de fin del conflicto armado (sistema establecido en el capítulo III del Título 4 de la Ley 1448 de 2011)<sup>10</sup>; y
- (d) adecuación y fortalecimiento participativo de la política de atención y reparación a víctimas (arts. 175 y 176 de la Ley 1448 de 2011) con base en la ampliación de las mesas de participación de víctimas existentes (art. 193 de la ley citada), y la reorientación de los criterios de priorización poblacional y territorial de la política, con base en las recomendaciones que surjan de un evento nacional con víctimas y expertos<sup>11</sup>.

Si bien estos escenarios de reajuste son importantes, no son suficientes para garantizar el cumplimiento de los criterios axiológicos en los que se sustenta el Punto 5 del Acuerdo destacado y que fueron destacados en la introducción del presente escrito. La anterior circunstancia permite concluir que existen claras menciones tácitas en el Acuerdo al sistema de atención y reparación a víctimas contemplado en la Ley 1448 de 2011, de manera que la

---

<sup>10</sup> A través de la inclusión de recomendaciones de organizaciones de víctimas y expertos en las decisiones sobre focalización (inciso 2 del art. 76 de la Ley 1448 de 2011), el acompañamiento técnico y financiero para la reconstrucción de los proyectos de vida de la población beneficiaria de restitución de tierras (num. 1 del art. 73 de la ley 1448), la formulación de estrategias de generación de ingresos, sustitución de cultivos de uso ilícito, recuperación y reconstrucción del tejido social (literal g del art. 139 de la norma en cita), fortalecimiento de procesos organizativos y de construcción de memoria histórica para la población mencionada (art. 145 de la ley 1448), y la inclusión de la información del registro de predios presuntamente despojados o forzados a dejar abandonados (art. 76 de la Ley 1448) en el registro único de víctimas (art. 154 de la norma citada).

<sup>11</sup> Adecuación que, cuanto menos, debe incluir según el propio Acuerdo: (1) la construcción de un mapa de victimización para el reconocimiento y memoria de las personas que no están en el universo de víctimas de la Ley 1448 de 2011 (lo que supone, cuanto menos, las víctimas de hechos acaecidos con anterioridad a 1985, lo que no sería otra cosa que reiterar la postura del legislador según la cual estas víctimas sólo tendrán acceso a medidas colectivas y simbólicas de memoria), (2) el reconocimiento de víctimas que hayan sido combatientes (lo que supone una reforma al artículo 3 de la ley mencionada), (3) la identificación e implementación de medidas para la financiación de la política y el fortalecimiento del fondo de reparaciones (sin identificar nuevas fuentes de financiación).

implementación del primero debería partir de un reajuste de dicha norma en cuanto a las medidas de reparación de carácter administrativo.

Dicho reajuste debe ser de carácter programático al involucrar, por un lado, la reorientación de algunas de sus estrategias de implementación y, por el otro, la creación de escenarios, instituciones, herramientas y mecanismos complementarios y de garantías reforzadas, que no solo signifiquen una adecuación institucional o de interrelación de los actuales con los nuevos creados en el acuerdo (Jurisdicción para la paz, Comisión de esclarecimiento de la verdad y Unidades Especiales complementarias) o de alistamiento al escenario de post-conflicto, sino que impliquen mayores esfuerzos en la ampliación de cobertura (del universo de víctimas) y del reconocimiento del alcance y magnitud de las medidas.

Lo anterior con base en el principio de integralidad del resarcimiento, desde el punto de vista de la entrega coordinada, simultánea y coherente de medidas actualmente postergadas o que no se hacen efectivas por la ausencia de articulación entre las entidades obligadas en la materia o al interior de sus propias dependencias.

En términos de arquitectura y sinergias institucionales, lo anterior implica un proceso complejo de adecuación, síntesis o complementariedad entre el actual Sistema Nacional de Atención y Reparación a Víctimas (SNARIV) y el Sistema Integral VJR para las víctimas del conflicto creado en el borrador conjunto 15.12.2015 referente al Punto 5 del Acuerdo destacado entre el Gobierno nacional y las FARC-EP.

Dicho proceso no podría desconocer las lecciones aprendidas en la aplicación de normas anteriores como la Ley 387 de 1997 o la Ley 975 de 2005, ni los criterios jurisprudenciales sobre coordinación, articulación y goce efectivo de derechos como indicador de resultados interinstitucionales, que la Corte Constitucional colombiana ha establecido en el seguimiento al ECI sobre población desplazada.

En este contexto, la implementación de los acuerdos en cuanto a la reparación a víctimas en el marco del Sistema VJR creado en el acuerdo de paz aquí analizado, requiere de una evaluación societal compleja de la efectividad y eficacia de los actuales esfuerzos de implementación de medidas administrativas, dependientes en una alta proporción de la

gestión gubernamental, como es el caso de la indemnización o la restitución, con el objetivo de mejorarlas en clave del goce efectivo de los derechos humanos de las víctimas.

Finalmente, en el plano territorial, la implementación requiere de la evaluación de las circunstancias contextuales que sin traducirse necesariamente en una expresión armada de los conflictos, si pueden suponer afectaciones o riesgos de afectación a derechos humanos, y por dicha vía, comprometer las garantías de no repetición. Existe un cúmulo de decisiones de política pública con efectos territoriales que es necesario adecuar al propósito de la consecución del fin del conflicto armado y de la paz desde el punto de vista de la centralidad de las víctimas, si se busca una transición democrática basada en su resarcimiento.

Estas decisiones tienen que ver con políticas públicas que dan prioridad a intereses de extracción de recursos naturales renovables (agroindustria) y no renovables (minería e hidrocarburos), y que incluso en algunos casos referentes a la política de reparación que se ha venido implementando, constituyen *cuernos de botella* para la efectividad de las medidas, como ocurre, por ejemplo, con la restitución de tierras cuando las solicitudes se traslapan con títulos de concesión minera o Proyectos de Interés Nacional y Estratégico (PINES).

La readecuación o reorientación normativa y de política pública que tácita y expresamente implica la implementación del Punto 5 del Acuerdo entre el Gobierno nacional y las FARC-EP, pasa necesariamente por la puesta en marcha de un sistema de ordenamiento territorial de las decisiones de política transicionales y no transicionales con el objetivo de racionalizar, en clave de derechos humanos, el uso y disposición de los territorios, y la gestión pacífica de sus conflictos con base en criterios de ponderación de intereses y de aplicación de medidas de protección reforzada en favor de personas y colectivos cuya ciudadanía, ha sido negada o sumergida al plano de lo subalterno en el desarrollo del conflicto armado.

#### *Jurisdicción especial para la paz y deber de reparación a las víctimas*

Antes de abordar la segunda hipótesis es importante destacar que en lo referente al apartado 5.1.3. del Acuerdo en referencia, el sistema VJR acordado parece basarse en una lógica de *contribución* de los responsables a la *reparación de las víctimas* basada en la “*promoción e implementación de medidas para facilitar a quienes manifiesten su voluntad de contribuir*

*de manera directa a la satisfacción de las víctimas y de las comunidades, (sic) lo puedan hacer mediante su participación en acciones concretas de reparación”.*

En principio, esta dimensión discursiva plantea un escenario de relación *voluntariosa* entre el presunto victimario y su deber de reparación de los daños por él ocasionados en tanto indica una postura acordada de *promoción* mas no de *garantía* de la reparación a las víctimas en términos de un deber (estatal) de asegurar sus derechos, sólo en la medida de lo que esté *al alcance del Estado*.

Con esta afirmación, se hace referencia a que el sistema establecido en el Acuerdo objeto de análisis establece dos elementos clave en lo que atañe a la relación entre los responsables y las medidas de reparación allí reconocidas: (a) el deber de reparación surge de una manifestación de voluntad por parte del o los responsables; (b) las acciones de reparación voluntaria se materializan en una contribución (participación parcial) y no en la totalidad del resarcimiento, circunstancia que se reitera cuando el Acuerdo no ordena a los agentes del Estado reparar los daños por ellos ocasionados, sino que establece que “el Gobierno Nacional tomará las medidas necesarias para **promover la participación** en distintas medidas de reparación que se diseñarán para tal efecto, de agentes del Estado”.

A pesar de lo anterior, el propio Acuerdo indica que el sistema VJR acordado se basa en la premisa según la cual “todos quienes hayan causado daños con ocasión del conflicto deben contribuir a repararlos”. Se presenta entonces una tensión discursiva entre lo obligatorio y lo voluntario que, probablemente, se vería superada con una segunda relación de especial importancia, cual es la establecida entre sanción y reparación en el marco de participación de los miembros de las FARC-EP (y otros agentes/sujetos cuyo actuar se encontraría vinculado directa o indirectamente a las violaciones) en la denominada *jurisdicción especial para la paz*.

Sin embargo, en esta segunda relación surgen dilemas en lo referente a la proporcionalidad entre las denominadas aquí *sanciones reparatorias* y la gravedad de ciertas violaciones, cuyo examen reviste complejidad (asociada a la sistematicidad de las violaciones, a su recurrencia, a las formas especiales de dolo y de dominio de la acción, y a la prolongación del conflicto) que obliga a quienes tengan la tarea de decidir sobre lo que denomina el propio Acuerdo

como *seguridad jurídica* de las personas sometidas a la jurisdicción especial, a aplicar criterios normativos y jurisprudenciales preexistentes en materia de justicia sobre graves violaciones a derechos humanos e infracciones al DIH planteadas en los ámbitos internacional y nacional.

Un avance del Acuerdo en esta materia tiene que ver con la preponderancia que otorga a la reparación como situación que no admite excepción, ni siquiera en los casos donde se reconoce amnistía o indulto.

Ahora bien, la implementación podría incluir la posibilidad de establecer *daños punitivos* adicionales a la lista de sanciones que en virtud de la justicia restaurativa establece el Acuerdo, en los términos planteados en líneas anteriores en este escrito. Ello cobra especial relevancia en relación con las violaciones más graves, lo que implica un viraje de la concepción inicial de una reparación sometida a la voluntad de los responsables, hacia una dogmática basada en la imposición de deberes más directos, imperativos y comprensivos en relación con la reparación de sus víctimas.

De esta manera, más que establecer que “la contribución a la reparación será tomada en cuenta para recibir cualquier tratamiento especial en materia de justicia” como se lee en el apartado 5.1.3., resulta imperioso indicar en la implementación normativa que la realización de acciones concretas y determinantes en la reparación de las víctimas es condición necesaria para recibir dichos tratamientos.

Si dicha situación no es ajustada en el Acuerdo o su implementación, la dilución de la responsabilidad/obligación individual de los responsables, particularmente de quienes ejercen posiciones de mando, tal como ha sido planteada en líneas previas, se vería agravada, y por ende, cuestionaría la legitimidad de la transición a la luz de su propia referencia a la justicia restaurativa entendida en el marco de la justicia anamnética pro víctima.

En el marco del apartado 5.1.2. (justicia) se plantean algunas alzas en la materia. Así, al tiempo que se establece como principio orientador de la jurisdicción especial para la paz el deber de reparar el daño causado y su restauración *en la medida de lo posible*, también se indica como prerequisite central para acceder al tratamiento especial allí previsto (sanciones

*reparativas* y alternativas), el aporte de verdad plena, entendido como la entrega de información detallada y exhaustiva sobre las conductas y sus circunstancias de comisión con el objetivo de atribuir responsabilidades. En este contexto, se entiende que dicho aporte es determinante para garantizar a las víctimas sus derechos a la reparación y a la no repetición.

Esta lógica podría concretarse de manera exitosa, en principio, en aquellos casos en que haya reconocimiento pleno de verdad y responsabilidad por parte de quienes cometieron, participaron o contribuyeron de forma directa o indirecta a la comisión de delitos en el marco del conflicto armado, habida cuenta que es en estos casos en que se aplican las sanciones basadas en un exigente enfoque reparador. No ocurre lo propio en aquellos casos en que se deben aplicar sanciones alternativas u ordinarias (privación de libertad con reducción de penas) que, en principio, no implican acciones reparadoras en todos los casos.

De allí que supeditar la garantía de los derechos a la reparación y a la no repetición a los aportes que en materia de verdad presenten los responsables de las violaciones, genera el reto en la implementación de establecer las metodologías de investigación idóneas para contrastar dichos aportes cuando los haya, y para esclarecer la verdad en aquellos casos en que no hubo reconocimientos ni individuales ni colectivos.

En este caso, la evaluación de suficiencia en relación con los aportes de verdad o con los resultados de las investigaciones llevadas a cabo por los órganos principales y complementarios de la jurisdicción especial establecida en el Acuerdo, pasa por garantizar el esclarecimiento de la magnitud del daño y de las *fuentes de financiación de las medidas materiales de reparación* mediante la comprobación y persecución del patrimonio de la persona investigada o de la organización, estructura o bloque a la que ésta pertenecía.

Situar el análisis en este nivel de relaciones entre deber de reparación, sanción y contribución a la verdad, implica también aproximarse críticamente al alcance de: (i) las sanciones establecidas en el Acuerdo en lo que atañe a la reparación, (ii) la responsabilidad del Estado en el reconocimiento y otorgamiento de medidas de reparación, y (iii) las garantías reales y efectivas de participación de las víctimas en la jurisdicción de excepción establecida en el Acuerdo.

En relación con lo primero, pueden hacerse dos afirmaciones generales. La primera, que la dimensión que cubren las sanciones especiales o reparadoras contempladas en el Acuerdo, es esencialmente colectiva y cuenta con algunas particularidades que obligan a quienes están llamados a implementarlas y ejecutarlas, a identificar medidas individuales de reparación adicionales.

En efecto, las sanciones en mención hacen referencia a contribuciones de los responsables en ámbitos aproximativos de reparación *colectiva*, se concentran en labores comunitarias relativamente análogas a las obligaciones de prestación de servicios sociales del Estado, las cuales, en el mejor de los casos, tendrían un alto contenido simbólico.

Las anteriores particularidades sitúan a estas sanciones como un aporte a la sutura de las macro-relaciones perversas/negativas de los victimarios sobre las víctimas reproducidas en el pasado de violaciones y consecuentes con la fracturación radical de los tejidos sociales. Sin embargo, requieren de medidas *judiciales* adicionales de reparación que cubran la dimensión individual de este derecho de las víctimas y que hagan un énfasis en los daños materiales, ya que la importancia dada al aspecto simbólico en las sanciones reparativas daría lugar a un desbalance en lo que toca a la integridad del resarcimiento.

Es posible que se afirme que dichas medidas se encuentran consignadas en el apartado 5.1.3. del Acuerdo, sin embargo es allí donde aparece el segundo problema o reto para la implementación anteriormente destacado: el lugar que ocupa el Estado en lo referente a la responsabilidad y deber de reparar los daños en casos en que los responsables directos o indirectos no puedan hacerlo, o formulado de otra forma, el papel de las FARC-EP en la financiación de las medidas *administrativas* de reparación.

Las normas internacionales y la jurisprudencia constitucional actualmente vigentes son enfáticas en reiterar que la responsabilidad del Estado en programas administrativos de reparación establecidos en transiciones a la paz, obedece a su rol de garante de los derechos humanos, y en ese orden de ideas, es *subsidiaria* respecto a la obligación de reparar que tienen los particulares que perpetraron, facilitaron, contribuyeron o se beneficiaron de las violaciones. En otras palabras, la responsabilidad de estas personas y organizaciones, y que

da lugar al deber de reparar a las víctimas, es de carácter *principal*, al igual que es la del Estado en relación con acciones u omisiones atribuibles a sus agentes.

Como se indicó en líneas anteriores, el Acuerdo no recaba en la responsabilidad pecuniaria de los miembros de las FARC-EP individualmente considerados ni de la organización armada como aparato de poder, ni en lo referente a financiar la reparación colectiva y en abstracto, ni en lo concerniente a las reparaciones individuales (e independientes de las sanciones especiales contempladas en el Acuerdo), que les son exigibles en la jurisdicción especial para la paz, como escenario judicial del que es complementario el administrativo en el que es enfático el apartado 5.1.3. del Acuerdo.

Si bien en dicho apartado, el Acuerdo establece entre las medidas de adecuación del actual programa o política de atención y reparación a víctimas, la del “*fortalecimiento del Fondo de Reparación para las Víctimas de la Violencia, la ampliación de sus fuentes de financiación y de los mecanismos de captación de recursos, así como la promoción de los mecanismos de participación y de veeduría como dispositivo de control de las víctimas sobre el Fondo*”, éstas se circunscriben solamente a la financiación de la política de atención y reparación integral a víctimas que es esencialmente *administrativa*. Además, el Acuerdo no establece, ni expresa ni tácitamente, la obligación de los miembros de las FARC-EP de contribuir con sus patrimonios a dicha financiación.

Situado el problema en esta dimensión, en lo concerniente a la adecuación y fortalecimiento participativo de la actual política de atención y reparación a víctimas, el Acuerdo en el fondo solamente contempla la necesidad y compromiso de hacer los ajustes a las prioridades de ejecución de recursos y a los planes de ejecución de metas.

Sin embargo, no aborda la identificación de deberes explícitos de entrega de bienes y fuentes económicas para la reparación, en cabeza de los miembros de las FARC-EP, al tiempo que parece no contemplar como fórmula de adecuación de la política, el incremento de los recursos necesarios mediante la identificación de fuentes adicionales meridianas para la satisfacción de medidas individuales de reparación en el marco de la política administrativa y subsidiaria de reparación, que es básicamente un escenario administrativo supeditado al marco fiscal de mediano plazo (art. 197 de la Ley 1448 de 2011).

De allí que pueda afirmarse que en el plano de la implementación quienes ejerzan el rol de investigar, juzgar y sancionar las violaciones en el marco de la jurisdicción especial para la paz, deban establecer en sus sentencias las obligaciones de reparación individual que compete a la persona sancionada en relación con sus víctimas, con base en los criterios de daño y ponderación establecidos en las fuentes filosóficas, normativas y jurisprudenciales aquí destacadas. Igualmente, en esta materia y en estos escenarios, cobran relevancia las normas establecidas en el título II de la Ley 1448 de 2011 en el que se establecen *derechos de las víctimas dentro de los procesos judiciales*.

Lo anterior explica que el discurso del reconocimiento del derecho a la reparación a las víctimas se ve opacado en el Acuerdo con el de su supeditación a las posibilidades institucionales y económicas del Estado, lo cual deja en cuestión su adecuación a las normas internacionales, al menos, como ya se mencionó en este escrito, en los términos ofrecidos por la Corte Constitucional en la Sentencia C-099 de 2013, a saber: la insuficiencia de las medidas simbólicas en los casos donde el daño es significativo por la gravedad de la violación, su sistematicidad o la convergencia de múltiples violaciones en una sola víctima.

Finalmente, cabe analizar el razonamiento según el cual la reparación no es estricta ni exclusivamente económica y que buena parte de sus medidas pueden ser simbólicas o inmateriales. Algunos agentes institucionales han insistido en la preponderancia de estas medidas, con base en una idea inexacta de que serían menos costosas monetariamente que las que impactan la dimensión material de los daños.

Sin embargo, en el plano de lo simbólico surgen deberes estatales que pueden incluso ser más costosos que las indemnizaciones o compensaciones económicas. Lo anterior en tanto que para que lo simbólico tenga una dimensión realmente *satisfactoria*, debe contemplar medidas individuales de re-dignificación que aceptan una amalgama amplia de posibilidades en las que la víctima debería ser quien tenga *la última palabra*.

De nuevo, este aspecto es una debilidad del Acuerdo en tanto en este tema también se concentra en la dimensión colectiva, dejando expresamente el tema a la indeterminación que en estos aspectos caracteriza al apartado 5.1.2., y tácitamente a la actual política, es decir, a la que se implementa en virtud de la Ley 1448 de 2011. El eventual ajuste o la

implementación normativa del Acuerdo implicarían entonces, la adecuación de las medidas de satisfacción y de reparación simbólica de carácter colectivo, a una dimensión individual que depende en buena parte de la participación de las víctimas por implicar su resarcimiento moral y emocional.

La alusión a este último término (la emoción) lleva a la última de las aristas que se propone problematizar en esta sección: *la participación de las víctimas en los escenarios de justicia* que acordaron las FARC-EP y el Gobierno nacional. Probablemente, de los planteamientos sobre la justicia transicional pro víctima y de la justicia anamnética que han irradiado estas reflexiones surja un sesgo basado en la necesidad de que la memoria de la injusticia reconocida en la transición hacia la paz sirva como base para una petición implícita de perdón moral por parte de los victimarios a sus víctimas, en un escenario de *perdón difícil*<sup>12</sup> o de *lo imperdonable*<sup>13</sup>.

El sesgo en este caso consiste en la insistencia en que las transiciones a la paz llevan consigo una carga emocional y política muy alta que experiencias vividas como la de Sudáfrica sintetizan en la urgencia de situar a la virtud ciudadana del perdón moral/ético como base de la reconstrucción democrática. En el plano político, obliga a las partes que participan directamente en la transición pactada hacia la paz a reconocer la ciudadanía de las víctimas mediante la garantía de espacios, mecanismos y escenarios de participación activa en las decisiones que las afectarán en el marco de aplicación del pacto, como se mencionó en la introducción del presente escrito.

En el plano de lo emocional, establece la necesidad de que existan espacios igualmente participativos y adecuados, cultural y espiritualmente, para que los victimarios soliciten perdón a las víctimas y éstas, voluntaria y libremente, decidan otorgarlo o no. En este caso, las premisas mayores para la asunción espontánea de este perdón (que en ningún caso debe confundirse con el de las penas o sanciones institucionales) son su solicitud cara a cara e incondicional, y la memoria polifónica sobre la verdad responsabilizante de lo acaecido.

---

<sup>12</sup> Por tener como objeto lo difícil pero no lo imposible, en los términos de Ricoeur, 2010.

<sup>13</sup> En tanto tener por objeto lo imprescriptible y ser de carácter frontal, cara a cara e incondicional, sin poder o coacción, sin exigencias o presiones para la víctima, como lo plantea Derrida (en Hoyos Vásquez, 2007; 2012).

El apartado 5.1.2. del Acuerdo analizado, expresa la participación específica de las víctimas en los escenarios y procedimientos allí pactados solamente en tres hipótesis, a saber:

- 1) En los llamados “supuestos de priorización y selección de casos”, en los que el Acuerdo establece la obligación de escuchar a las víctimas;
- 2) en una Audiencia Pública potestativa, si organizaciones de víctimas son invitadas previamente por la “*Sala de reconocimiento de verdad, de responsabilidad y de determinación de los hechos y conductas*”; y
- 3) en el proyecto de ejecución de obras o trabajos restaurativos que deben presentar quienes busquen las sanciones especiales allí establecidas, en tanto éste debe “establecer un mecanismo de consulta con los representantes de las víctimas residentes en el lugar de ejecución, para recibir su opinión y constatar que no se oponen al mismo”.

Adicionalmente, el Acuerdo apenas contempla como escenario explícito de petición de perdón a las víctimas el correspondiente a los denominados “*actos tempranos de reconocimiento de responsabilidad colectiva*” que prevén espacios nacionales o territoriales de carácter colectivo e incluso masivo. No existe entonces un escenario procedimental o complementario, para la definición *judicial* de daños basada en la participación activa de las víctimas en la aproximación a su resarcimiento simbólico-individual mediante la petición de perdón por parte de sus victimarios.

La ausencia de escenarios donde la víctima voluntariamente coteje a sus victimarios en la jurisdicción especial para la paz<sup>14</sup>, con todas las garantías procesales, económicas y de acompañamiento encaminadas a evitar confrontaciones asimétricas y re-victimizantes, muestra que las partes del Acuerdo dejaron en un plano accesorio o subalterno esta arista de las transiciones a pesar del entusiasmo que imprimieron a lo simbólico y colectivo, mediante su prevalencia en abstracto sobre lo material e individual en materia de reparaciones.

---

<sup>14</sup> En aquellos casos en que considere que ello contribuye a su resarcimiento moral.

## BIBLIOGRAFÍA

Bernal, C. E. (2014). Daños sociales y delitos estatal-corporativos en la crisis europea. Una lectura criminológica. En: Rivera, I. (coord.) (2014). Delitos de los Estados, de los Mercados y daño social. Debates en Criminología crítica y Sociología jurídico-penal. Barcelona: Anthropos.

Comisión de Seguimiento a la Política Pública sobre Desplazamiento Forzado – Comisión de Seguimiento (2016). Análisis sobre el estado de cosas inconstitucional. El reto ante la tragedia humanitaria del desplazamiento forzado. Vol. 13. Bogotá. Marzo.

Congreso de Colombia. (25 de julio de 2005). Ley 975 de 2005. DO: 45.980

Congreso de Colombia. (10 de junio del 2011). Ley 1448 de 2011. DO: 48.096

Corte Constitucional, Sala Plena. 18 de mayo del 2006 Sentencia C-370 de 2006. [MP Manuel José Cepeda Espinosa]

Departamento Administrativo para la Prosperidad Social (22 de julio de 2014). Decreto 1377 de 2014.

Feinberg, J. (1987). Harmtoothsers. The Moral Limits of the Criminal Law. Volume I. New York: Oxford University Press.

Fundación Vortex. (2013). Conceptos para el análisis de redes de macro-criminalidad. Bogotá. (Derechos de documento cedidos a Fundación Internacional Baltasar Garzón en el marco de una consultoría sobre macrocriminalidad para la Fiscalía General de la Nación).

Garay Salamanca, L. J. (1999). Construcción de una nueva sociedad. Bogotá: Cambio-Tercer Mundo editores.

Garay Salamanca, L. J. & Vargas Valencia, F. (2012). Memoria y reparación: criterios para una justicia transicional pro víctima. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Garay Salamanca, L. J. & Salcedo, E. (2013). Hacia una formulación de criterios para identificar máximos responsables en redes criminales: Aplicación del Análisis de Redes Sociales. Fundación Vortex. Documento de trabajo no. 9.

Garay Salamanca, L. J. (2014). Una reflexión en torno a faltas u omisiones Estado-corporativas causantes de daño social desde la perspectiva de una nueva epistemología de la Criminología. A propósito de la búsqueda de una justicia socio-ecológica trans-nacional. En: Garay, L. J. et al. (2014). Minería en Colombia. Control público, memoria y justicia socio-ecológica, movimientos sociales y postconflicto. Vol. 4. Contraloría General de la República de Colombia. Bogotá, Colombia. Julio.

- García, M. & Espinosa, J. R. (2013). El derecho al Estado: los efectos legales del apartheid institucional en Colombia. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia.
- Guerrero, J. (2002). "Mercados de violencia" y guerra civil en América Latina en los 90. En: Apuntes del CENES, 263-293.
- Hoyos, G. (2007). Prólogo. En: Las víctimas frente a la búsqueda de la verdad y la reparación en Colombia (pp. 9-21). Bogotá: Editorial Pontificia Universidad Javeriana, Instituto Goethe, Instituto de Estudios Sociales y Culturales Pensar.
- Hoyos, G. (2012). El perdón es de lo imperdonable. En: Periódico El Tiempo, Justicia, 2 de octubre de 2012, recuperado de [http://www.eltiempo.com/justicia/ARTICULO-WEB-NEW\\_NOTA\\_INTERIOR-12327159.html](http://www.eltiempo.com/justicia/ARTICULO-WEB-NEW_NOTA_INTERIOR-12327159.html)
- Lorenzetti, R. L. (2002). 6 Congresso Internacional de Direito Ambiental – 10 anos da Eco-92: o direito e o desenvolvimento sustentável – Teoria geral do dano ambiental moral. En: Revista de Direito Ambiental, número 28, octubre – diciembre.
- Morello, A., Mosset, J. & Gabriel A. (1994). Derecho del consumidor. Madrid: Editorial Juris
- Peña, M. (2005). Daño, responsabilidad y reparación ambiental. Veracruz, México.
- Reyes, M. (2008). Justicia de las víctimas: terrorismo, memoria, reconciliación, Barcelona: Anthropos.
- Reyes, M. (2011). Tratado de la injusticia. Barcelona: Anthropos.
- Ricoeur, P. (2010). La memoria, la historia, el olvido, 1 reimpression. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.
- Vargas Valencia, F. (2013). Paz, justicia transicional “civil” y memoria: ¿Por qué una filosofía política?, En: Revista Zero, Universidad Externado de Colombia, 30, 54-59.
- Vargas Valencia, F., Garay Salamanca, L. J. & Rico Revelo, G. (2016). Derechos patrimoniales de víctimas de la violencia: reversión jurídica y material del despojo y alcances de la restitución de tierras en procesos con oposición. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura, Sala Administrativa. Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”.
- Zamora, J. A. & Reyes, M. (eds.). (2011). Justicia y memoria. Hacia una teoría de la justicia anamnética. Barcelona: Anthropos.



INSTITUTE FOR INTEGRATED TRANSITIONS

Bogotá D.C., 24 de enero de 2017

Señor

**TELÉSFORO PEDRAZA**

Presidente

Comisión Primera Constitucional Permanente

Cámara de Representantes

Honorable Presidente:

Por medio del presente documento ponemos a su consideración y la de los demás Honorables Representantes la intervención del Instituto para las Transiciones Integrales sobre el Proyecto de Acto Legislativo 02 de 2016 “por medio del cual se crea un título de disposiciones transitorias de la Constitución para la terminación del conflicto armado y la construcción de una paz estable y duradera y se dictan otras disposiciones” que actualmente surte su trámite en la Honorable Cámara de Representantes.

Agradecemos a los Honorables Representantes por habernos hecho partícipes de esta audiencia pública. El Instituto para las Transiciones Integrales (IFIT por sus siglas en inglés) es una organización independiente constituida en 2012 que tiene como misión ofrecer análisis y asesoramiento amplio y exhaustivo a los actores nacionales que participan en procesos de diálogo y transición de alto nivel. Está basada en Barcelona, y es la primera organización no gubernamental que opera con el mandato de brindar orientación personalizada acerca de cómo priorizar e integrar la formulación de políticas en las áreas de democracia, desarrollo, estado de derecho y seguridad con el fin de ofrecer mejores oportunidades para lograr transiciones exitosas. El Instituto aspira a contribuir al éxito de los procesos nacionales de diálogo y transición sirviendo como fuente independiente de recursos expertos a favor de los esfuerzos impulsados a nivel nacional con el fin de establecer unas mejores condiciones políticas, económicas y sociales. IFIT también persigue, de forma más general, ayudar a transformar el modo en que el mundo enfoca los desafíos que plantean las transiciones de por sí, alejándose de las intervenciones fragmentadas y avanzando hacia soluciones exhaustivas.

Aplaudimos la celebración de esta Audiencia Pública que consideramos permite generar un balance necesario entre agilidad y legitimidad dentro del Procedimiento Legislativo Especial para la Paz, asegurando que las voces de distintos sectores de la sociedad sean tenidas en cuenta. Los comentarios que presentamos a continuación se derivan de nuestros conocimientos técnicos sobre el proceso colombiano, así como de lecciones aprendidas a nivel internacional.

## **I. Pertinencia del Proyecto de Acto Legislativo**

La creación del SIVJNRN refleja una de las premisas fundamentales de la justicia transicional: la necesidad de llevar a cabo una ponderación que permita lograr al mismo tiempo la mayor satisfacción posible de los derechos de las víctimas y garantizar la seguridad jurídica de quienes participaron en el conflicto armado, de tal forma que sea posible garantizar la transición hacia una paz estable y duradera. Esto es especialmente relevante en



## INSTITUTE FOR INTEGRATED TRANSITIONS

el contexto colombiano, que es el primer caso en el mundo en el que dos partes en una mesa de negociaciones acordaron crear una serie de mecanismos, incluyendo un Tribunal, para responder ellos mismos por los delitos cometidos a lo largo del conflicto armado. El Proyecto refleja de manera adecuada esta ponderación entre los distintos intereses en juego.

La constitucionalización del SIVJNRN es deseable porque contribuye a garantizar los siguientes cinco principios rectores:

1. **Centralidad en las víctimas:** Satisfacer los derechos de las víctimas deberá estar en el centro de todos los esfuerzos desarrollados por los mecanismos y medidas del Sistema.
2. **Integralidad:** La satisfacción de los derechos a la verdad, la justicia, la reparación y la no repetición se logrará a través de la combinación de mecanismos judiciales y extra-judiciales que deberán ser puestos en marcha de manera ágil, coherente y secuenciada.
3. **Condicionabilidad:** Nadie podrá ser objeto de ningún tratamiento especial de justicia si no cumple con las condiciones de contribución a la verdad y la reparación, y con la garantía de no repetición.
4. **Universalidad:** El SIVJNRN se aplicará a todos quienes cometieron delitos en el contexto y en razón del conflicto armado, lo que permitirá a su vez satisfacer los derechos de todas las víctimas y ofrecer garantías de seguridad jurídica para todos los responsables.
5. **Imparcialidad e independencia:** El SIVJRN estará compuesto por mecanismos imparciales e independientes que buscarán garantizar la legitimidad del proceso de rendición de cuentas.

## II. Algunos de los aspectos positivos

1. El Capítulo II del proyecto aborda la creación de la **Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad la Convivencia y la No Repetición y la Unidad de Búsqueda de Personas dadas por Desaparecidas** en el contexto y en razón del conflicto armado. Desde IFIT celebramos que ambas instituciones se creen con carácter extrajudicial ya que además de incentivar la participación por parte de los distintos actores del conflicto armado, incentiva también el reconocimiento de responsabilidades y la contribución al esclarecimiento de la verdad.

Adicionalmente creemos que el Artículo transitorio 4 que establece la excepción al deber de denuncia por parte de los funcionarios de estas dos instituciones constituye una garantía de seguridad jurídica para los funcionarios y por lo tanto una mayor libertad para realizar adecuadamente su trabajo.

2. El Capítulo III del proyecto contiene la creación de la **Jurisdicción Especial para la Paz**. Consideramos que resulta necesaria su creación como un órgano que administrará justicia de manera autónoma y preferente, porque se trata de una garantía para el aumento de confianza en la justicia, tanto de los ciudadanos, y de las víctimas en particular, como de quienes se apartaron del cumplimiento de la Ley a lo largo del conflicto armado.



## INSTITUTE FOR INTEGRATED TRANSITIONS

Para garantizar la legitimidad de la JEP, desde IFIT consideramos conveniente que el proyecto en su artículo 6 transitorio señale que el Comité de Escogencia de los magistrados gozará de autonomía e independencia y será conformado por reglamento expedido por el Gobierno Nacional, teniendo en cuenta los principios de publicidad, transparencia, participación ciudadana, equidad de género y criterios de mérito para su selección.

El texto del Proyecto refleja, además, las garantías introducidas en el Acuerdo a lo largo de la re-negociación para garantizar que la JEP sea un verdadero órgano de administración de justicia articulado con la jurisdicción ordinaria. De ahí la importancia del artículo 7 transitorio sobre procedencia de la tutela, el artículo 8 transitorio sobre la resolución de los conflictos de competencia, y el artículo 11 transitorio sobre la aprobación por parte de este Congreso de la Ley de desarrollo de la JEP.

Por último, entendemos que este Proyecto de Acto Legislativo debe interpretarse en consonancia con el artículo 66 transitorio constitucional y con el Acuerdo Final, y por lo tanto resulta necesario que la JEP se concentre en la persecución penal de los máximos responsables de los crímenes más graves y representativos.

3. El Proyecto contempla en el artículo 16 transitorio la **garantía de no extradición** por conductas objeto de competencia de la JEP. Desde IFIT consideramos que se trata de una disposición deseable porque contribuye a fortalecer la capacidad de Colombia de cumplir domésticamente el deber de investigar, juzgar y sancionar, y asegurar la satisfacción de los derechos de las víctimas a nivel local.

### III. Ajustes recomendados

Teniendo en cuenta la importancia de los principios rectores del SIVJNRN antes mencionados, sugerimos a los Honorables Congresistas evaluar la potencial utilidad de los siguientes ajustes al texto del Proyecto de Acto Legislativo:

1. El Proyecto parece presentar dos estándares distintos de nexos con el conflicto armado para efectos de determinar la **competencia de la Jurisdicción Especial para la Paz**. Mientras que el artículo 5 transitorio se refiere a “las conductas cometidas por causa, con ocasión y en relación directa o indirecta con el conflicto armado, por quienes participaron en el mismo”, el artículo 20 transitorio desarrolla una serie de criterios para analizar el nexo con el conflicto en el caso específico de los miembros de la Fuerza Pública, que en la práctica amplían a una gama más amplia de conductas. En nuestra opinión el criterio de interpretación del nexo con el conflicto para efectos de determinar la competencia de la JEP debería ser amplio, de tal forma que permita satisfacer la mayor cantidad de víctimas del conflicto armado, y ofrecer garantías de seguridad jurídica a la mayor cantidad de personas que hayan causado daños en el contexto del mismo, siempre y cuando cumplan con las condiciones del SIVJNRN. Sin embargo, para efectos de cumplir con los criterios de universalidad e integralidad del Sistema, es deseable que exista un solo conjunto de criterios para la evaluación del nexo con el conflicto tanto para la guerrilla como para los miembros de la Fuerza Pública.



## INSTITUTE FOR INTEGRATED TRANSITIONS

2. El artículo 5 transitorio del Proyecto establece de manera clara el principio de **condicionalidad** de cualquier tratamiento especial de justicia. Según éste, “quien incumpla cualquiera de las condiciones del Sistema Integral, perderá el tratamiento especial de justicia”. Sin embargo, ni el Acuerdo de Paz ni el Proyecto establecen cuáles son las condiciones que las personas deben cumplir según la situación jurídica en la que se encuentran, ni en qué consisten las consecuencias del incumplimiento en cada caso. No son las mismas condiciones para una persona sujeto de amnistía que para una persona que haya tenido participación determinante en la comisión de los crímenes más graves y representativos. Y las consecuencias de no haber dejado las armas, tampoco son necesariamente iguales a las consecuencias de no haber contribuido de manera suficiente al esclarecimiento de la verdad. De ahí que sería deseable incluir una frase en este artículo para indicar que la ley de desarrollo de la JEP podrá reglamentar las condiciones que deberán ser cumplidas según la situación jurídica, así como las consecuencias de incumplimiento de tales condiciones en cada caso.
3. El artículo 15 transitorio del proyecto señala que “el Estado garantizará el **derecho a la reparación** a las víctimas de graves violaciones a los derechos humanos e infracciones al Derecho Internacional Humanitario que hayan sufrido daños, individual o colectivamente con ocasión del conflicto armado.” Sin embargo, el Acuerdo retoma las obligaciones nacionales e internacionales del Estado colombiano según las cuales quien causa un daño está obligado a repararlo, y por eso establece obligaciones de contribución tanto a la reparación material a través de la entrega de bienes o valores, como a través de acciones de reparación de las comunidades. Por eso podría ser deseable que el artículo 15 transitorio retomara el principio general establecido en el Acuerdo, señalando que quienes han causado daños deberán “contribuir a la reparación material de las víctimas y en general a su reparación integral”, y en consecuencia se modificar el artículo 23 transitorio del Proyecto, para garantizar que los miembros de la Fuerza Pública que hayan tenido una participación determinante en los crímenes más graves y representativos, también deban contribuir a la reparación monetaria cuando tengan bienes para hacerlo.
4. El Proyecto contempla la **reintegración política** de los miembros de las FARC. Ello es deseable para garantizar el tránsito de guerrilla a movimiento político. Sin embargo, el Proyecto parecería contemplar algunas disposiciones contradictorias. En el artículo 17 transitorio señala que “La imposición de cualquier sanción en la JEP no inhabilitará para la participación política ni limitará el ejercicio de ningún derecho, activo o pasivo, de participación política”. Sin embargo, acto seguido en el parágrafo del mismo artículo, excluye de la posibilidad de reintegración política a quienes hayan sido condenados por crímenes de lesa humanidad o genocidio. Para garantizar efectivamente el tránsito de la guerrilla a un movimiento político sería deseable derogar toda la última frase del artículo transitorio constitucional 67, de tal forma que quienes cumplan con las condiciones del Sistema puedan participar después del cumplimiento de la sanción. De otro lado, el artículo 2 que modifica el artículo 122 constitucional establece una condición fundamental para poder participar en política: no estar efectivamente privados de su libertad. Sin embargo, podría ser deseable aclarar que, a su vez, tal participación en política no procede durante el cumplimiento de la restricción efectiva de la libertad.
5. El Proyecto establece una serie de disposiciones especiales que podrían poner en riesgo la **seguridad jurídica de los miembros de la Fuerza Pública**. La creación de la JEP con el objetivo de cumplir el deber del Estado de investigar, juzgar y sancionar, permite dar



INSTITUTE FOR INTEGRATED TRANSITIONS

cumplimiento al principio de complementariedad positiva. Ello es lo que impide que en el futuro las cortes internacionales busquen iniciar formalmente una investigación contra un nacional colombiano por hechos cometidos en el marco del conflicto armado. Sin embargo, el Proyecto establece una serie de medidas diferenciadas para miembros de la Fuerza Pública que los podrían poner en riesgo frente a la Corte Penal Internacional. El artículo 19 transitorio señala que el Derecho Penal Internacional no sería aplicable en la calificación jurídica de las conductas cometidas por miembros de la Fuerza Pública. Esto en la práctica implica, por ejemplo, que al imputar un crimen de lesa humanidad la JEP no tendría que tener en cuenta los criterios de sistematicidad y generalidad, que son los que evaluará la Corte Penal Internacional al momento de definir si considera que Colombia cumplió con su deber de investigar, juzgar y sancionar. En segundo lugar, el artículo 21 transitorio establece que los comandantes serán responsables de los crímenes cometidos por fuerzas bajo su mando únicamente cuando tuviesen control efectivo sobre la conducta, no sobre las fuerzas como lo establece el artículo 28 del Estatuto de Roma y el derecho consuetudinario en general. En la práctica, un comandante que haya tenido control efectivo sobre las fuerzas, y no sobre la conducta podría ser investigado por la CPI. Y finalmente, el artículo 22 transitorio establece que quienes hayan tenido una participación determinante en los crímenes más graves y representativos y no reconozcan su responsabilidad podrán recibir subrogados adicionales para reducir la pena de 15 años. Los guerrilleros que se encuentren en la misma situación jurídica, en cambio, no podrán recibir reducciones adicionales a los 15 años. Esta diferencia, salvo que responda a alguna justificación razonable, también podría poner en riesgo la seguridad jurídica de los miembros de la Fuerza Pública. Por estas razones sugerimos a los Honorables congresistas considerar la posibilidad de adoptar las disposiciones generales sobre calificación jurídica, responsabilidad del comandante y sanciones, referidas en el Capítulo III sobre la JEP.

Para concluir queremos reiterar la importancia de haber celebrado esta audiencia pública, agradecer nuevamente a los Honorables Representantes por hacernos partícipes de este proceso y referirnos de nuevo a la importancia de este proyecto de Acto Legislativo para la terminación del conflicto armado en Colombia y la adecuada satisfacción de los derechos de las víctimas.

Atentamente,

**JUANITA GOEBERTUS**

Senior Associate

Instituto para las Transiciones Integrales - IFIT



## **Reglamentación e implementación del Sistema integral de verdad, justicia, reparación y no repetición**

Escuela Nacional Sindical

La reglamentación e implementación del Sistema integral de verdad, justicia, reparación y no repetición implica un gran reto para la realización de una paz que aporte en el impulso y fortalecimiento de la democracia en Colombia.

Históricamente el sindicalismo ha defendido y promovido una salida negociada al conflicto armado y ha defendido en el contexto actual la construcción de una paz con Trabajo Decente y equidad como garantías de estabilidad y durabilidad de la paz, por tanto, el diseño de este exige unas consideraciones:

- De estas demandas se desprende la necesidad de que este SVJR tenga la capacidad para identificar fenómenos sistemáticos, tal como lo es la violencia antisindical, de manera que sea posible develar redes de los determinadores y beneficiarios de esta violencia para actuar en la remoción de sus lógicas y responsables, en este sentido será fundamental retomar lógicas de análisis de los contextos políticos que determinan la violencia antisindical.
- Se requiere una visión de los derechos comprendidos de manera integral, es decir, una comprensión amplia de los derechos humanos que comprenden los derechos laborales y las libertades sindicales como condiciones para la construcción de paz, que redundan en el fortalecimiento de la democracia en el mundo del trabajo, derechos de asociación, negociación colectiva, huelga y políticas de Trabajo decente para la equidad como bastión de la paz estable y duradera.
- Se requiere establecer mecanismos para que poblaciones, como el sindicalismo, participen con insumos para el esclarecimiento que deberá hacer la Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición, garantizando la inclusión efectiva de los actores sociales y políticos de manera representativa de la violencia contra diferentes sectores sociales; para los Tribunales especiales de PAZ, garantizando que los avances de las organizaciones sociales signifiquen avances y posibilidades para el juzgamiento de los responsables.



Es central además, mantener la dimensión colectiva como perspectiva del diseño y la implementación, de manera que los avances garanticen la transformación de contextos de violencia antisindical y avancemos hacia la democratización de las relaciones laborales.

Para todo esto será clave el fortalecimiento de las organizaciones sociales, en el marco de un proceso de reparación colectiva que requiere de medidas para garantizar el crecimiento, la formación autogestionada, las capacidades técnicas y políticas de las organizaciones sindicales con condiciones materiales y políticas de participación y por tanto, lograr una efectividad del diálogo social y de la construcción democrática en el país.

Por su parte, la reparación, en su dimensión política y colectiva hace unas exigencias para hacerse efectiva y allí será clave el diseño de un SIVJR que garantice:

- Propiciar espacios autónomos de deliberación sobre la perspectiva de la reparación colectiva desde el movimiento sindical y la ruta de acción.
- Promover el avance de las organizaciones sindicales en la definición de sus propias agendas de reparación a través del impulso de acciones para la documentación de los daños sufridos y de recuperación de la memoria como iniciativas sindicales para aportar al diagnóstico del daño a los sindicatos, a las federaciones, a las centrales obreras y al grueso de trabajadores y trabajadoras en Colombia.
- Poner como enfoque que la agenda de reparación de las organizaciones sindicales debe centrarse en la construcción de los proyectos de vida colectivos (Defensa de la salud o la educación como derecho fundamental, el patrimonio público, la justicia social, entre otras) y la definición de medidas de reparación que busquen la transformación del contexto de manera que sea favorable al ejercicio de la actividad sindical.

Finalmente, todo este SIVJR debe contar con garantías de participación y principalmente de movilización, con condiciones para la protesta social y con ojo vigilante a acciones de criminalización de la misma.

**Elaborado por:**

Escuela Nacional Sindical

**Ponente**

Leidy San Juan

Representante Escuela Nacional Sindical

Cc 43275134

**INTERVIENEN:**

- DR. JESUS ORLANDO GOMEZ, ABOGADO LITIGANTE
- DR. JORGE MARIO GOMEZ, ABOGADO LITIGANTE
- DRA. MARTHA LUZ HURTADO, ABOGADA LITIGANTE

**COMETARIOS SOBRE LA ENTREVISTA A LA FISCAL DE LA CORTE PENAL  
INTERNACIONAL**

**§ 1°. Las declaraciones de la señora Fiscal de la Corte Penal Internacional, parten de una afirmación cierta, a la cual no asigna las consecuencias jurídicas:**

*“Observo en este contexto, que, en Colombia por primera vez, se está introduciendo en su legislación interna una definición de la Responsabilidad del Mando “.*

Significa lo anterior, que la señora Fiscal de la Corte Penal Internacional (CPI) es consciente de que, en la legislación interna de Colombia, nunca antes ha existido una definición de la “*responsabilidad del mando*” o de la “*responsabilidad de los jefes o superiores*” en la forma en que lo reglamenta el artículo 28 del Estatuto de Roma. Es más, podemos decir que en ningún país latino-americano existe una definición sobre responsabilidad del mando que sea igual o similar al antes citado artículo 28 del Estatuto de la Corte Penal Internacional (ECPI).

Por tanto, y como es cierto que no ha existido en Colombia una definición legal que señale objetiva y subjetivamente el marco de la responsabilidad de los jefes militares y civiles por crímenes de sus subordinados, en la forma en que lo regula el artículo 28 Estatuto de Roma, resulta que cualquier definición legislativa que sobre esta forma específica de responsabilidad se llegare a aprobar en el Congreso de la República, no sería aplicable a los crímenes cometidos en el conflicto armado interno, por aplicación imperativa del principio constitucional previsto en el artículo 29 de la Carta Política<sup>1</sup> *que garantiza a toda persona el derecho fundamental a ser investigado y juzgado de conformidad con la ley PREEXISTENTE al acto que se imputa.*

Significa lo anterior que cualquier definición o fórmula sobre “la responsabilidad de los superiores por crímenes cometidos por sus subordinados en la forma en que lo exige la señora Fiscal de la CPI, por ser una *legislación penal posterior y desfavorable*, y en acatado a lo normado en los principios constitucionales fundamentales de “*legalidad previa*” e “*irretroactividad de la ley penal posterior desfavorable*”, sería inaplicable a los hechos

<sup>1</sup> Art. 29 C. Política. “Nadie será juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se imputa, ante un juez o tribunal competente y observando la plenitud de las formas propias de cada juicio.”

punibles cometidos antes de la entrada en vigencia de la norma que defina en Colombia la “responsabilidad del mando”.

Tal parece que la señora Fiscal de la CPI, pretendería que la JEP adelante un juzgamiento de los jefes militares y civiles *con normas que no existían en Colombia durante el tiempo de duración del conflicto armado interno*, desconociéndose así las garantías fundamentales de *legalidad previa* y de *irretroactividad de la ley posterior desfavorable*, que reconocen a toda persona, incluidos los superiores militares y civiles, tanto, la Constitución Política de Colombia (art. 29), como el Pacto de Roma (arts. 11, 22 y 24), el artículo 15. 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Político y los artículos 6, 9 y 10 del Código Penal (Ley 599 de 2000).

Por lo dicho, no puede pretender la Fiscal BENSOUDO, “apoyar el proceso de paz” de los colombianos, exigiéndonos el público desconocimiento de las garantías constitucionales fundamentales, como el derecho a ser juzgado con la ley preexistente al acto, sobre las cuales se soporta el núcleo axiológico de nuestra Carta Política, y el afianzamiento del principio total de la dignidad humana.

Y atendiendo a la tradición democrática de nuestras dos últimas constituciones política (art. 26 de la Constitución de 1886, y artículo 29 de la Constitución de 1991), que siguiendo el modelo de la Declaración de Derechos del Hombre de la Revolución Francesa, en las cuales se acuñó el principio de “*legalidad previa escrita*” como necesario soporte y condición de validez para el derecho penal sustantivo, no pueden invocarse como aplicables en Colombia normas de “derecho penal consuetudinario” (la costumbre internacional), porque nunca han tenido reconocimiento, aceptación ni aplicación generalizada en Colombia.

Si bien es cierto que el *Derecho Penal Internacional* se ha nutrido de fuentes escritas (convenios internacionales) y de normas consuetudinarias, o sea, no ocurre así con el *Derecho Penal Colombiano*, que siempre y en toda la historia de vida republicana ha sido un derecho penal escrito, estricto, previo y cierto.

Brevemente una norma de derecho penal internacional consuetudinario, que es aplicable por los tribunales internacionales, precisa de dos (2) elementos: i) *Ha de tratarse de una práctica usual y sostenida*; ii) *Debe ser aceptada (opinio iuris) como derecho obligatorio*.

*Como ha dicho O'Donell: "Dos elementos son imprescindibles para la formación de una norma de derecho consuetudinario, a saber: la práctica generalizada y la opinio juris"<sup>2</sup>.*

Si no queremos llamarnos a engaño y dar pie a especulaciones contrarias a nuestro Derecho, en Colombia nunca ha existido una *práctica usual y sostenida en el tiempo de un derecho penal consuetudinario; como tampoco se ha reconocido como obligatorio un derecho penal fundado en la costumbre*. Por tanto, si tenemos en cuenta lo previsto por el artículo 374 de la Carta Política que señala que *"La Constitución Política podrá ser reformada por el Congreso, por una asamblea constituyente o por el pueblo mediante referendo"*, no es posible aceptar, *que cuando en 1998 en Roma<sup>3</sup> se aprobó el Estatuto de la Corte Penal Internacional, a los colombianos nos modificaron, sin darnos cuenta la Constitución Política!*

§ 2º.- Lo anterior no significa en manera alguna, que si la ley penal colombiana no define la *"responsabilidad del mando"* en la forma en que lo reglamenta el artículo 28 del Estatuto de Roma, haya impunidad, pues en Colombia no estamos en el *"primer día de la creación jurídica"*,

En efecto en la legislación penal colombiana está y ha estado vigente desde hace más de ciento cincuenta años la responsabilidad penal de cualquier persona, incluidos los superiores militares o civiles, bajo cualquiera de las siguientes formas de imputación:

a.- Por ser **autor material** de un delito. Art. 29 Código Penal: *"Es autor quien realice la conducta punible..."*

b.- Por ser **coautor** de un delito. Art. 29 inciso 2 Código Penal: *"Son coautores los que, mediando un acuerdo común, actúen con división del trabajo criminal atendiendo la importancia del aporte."*

c.- Por **determinar** a otro a que cometa el crimen (instigador). Art. 30 Código Penal: *"Son partícipes el determinador y el cómplice"*.

d. Por ser **autor mediato**, esto es por instrumentalizar o constreñir a otro al delito para que cometa e delito. Art. 29 Código Penal. *"Es autor quien realice la conducta punible por sí mismo o utilizando a otro como instrumento"*.

<sup>2</sup> Daniel O'Donell. *Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas Para los Derechos Humanos*. Bogotá, 2007, p. 66.

<sup>3</sup> En 1998 se aprobó por la Asamblea de Plenipotenciarios de Naciones Unidas el Pacto de Roma.

e.- Por ordenar a otro la comisión de una conducta punible. Art. 30 Código Penal. “*Son partícipes el determinador y el cómplice*”.

f.- Por omisión impropia. Esto es cuando teniendo el deber jurídico de impedir un crimen, o de vigilar y controlar fuentes de peligro de que un crimen se cometa, no se evita el hecho pudiendo evitarse. Art. 25 Código Penal: “*Quien tuviere el deber jurídico de impedir un resultado perteneciente a una descripción típica y no lo llevare a cabo, estando en posibilidad de hacerlo, quedará sujeto a la pena contemplada en la respectiva norma penal.*”

Bajo esta modalidad de la “omisión impropia” *el superior responde en Colombia de los crímenes cometidos por sus subordinados*, cuando no previno o no impidió el crimen cometido por éstos, cuando estaba en posibilidad de impedirlo, pues el superior se considera como “garante”, o sea, obligado a vigilar la conducta de sus subordinados a efecto de tomar las medidas para que estos no incurran en crímenes contra la población civil.

g.- Por ser cómplice del crimen. Código Penal art. 30. “*Son partícipes el determinador y el cómplice.*”

h. *Por ser encubridor del delito. Art 446 Código Penal.*

Precisamente la Corte Suprema de Justicia y los tribunales penales en Colombia, han condenado a muchos jefes militares y civiles con aplicación de la forma de imputación de la “omisión impropia” establecida en el artículo 25. Según lo relaciona la Fiscalía de la Corte Penal Internacional en el “*Informe sobre las Actividades de examen preliminar. Situación en Colombia*” de 14 de noviembre de 2016, las autoridades judiciales colombianas, hasta febrero de 2016 habían dictado 817 sentencias condenatorias contra 961 miembros de las Fuerzas Armadas, por casos de “falsos positivos” y continuaban investigando 2.241 casos. Por tanto, no es cierto que si no se regula la responsabilidad del mando exactamente bajo los lineamientos del artículo 28 del Estatuto de Roma haya impunidad, pues en Colombia desde hace muchos años se viene investigando y juzgando a los jefes militares y civiles bajo las diferentes formas de imputación (art. 28, 29 y 30 C.P.), y en especial bajo la modalidad de la *omisión impropia* (art. 25 C.P.), que es tan, o más drástica que el artículo 28 del Estatuto de Roma.

§ 3°. En Colombia bajo la reglamentación penal vigente (art. 22, 25, 28, 29, 30, 135 del Código Penal), el caso fallado por la CPI, contra el señor Jean-Pierre Bemba Gombo, *también sería condenado* por no haber impedido los crímenes, pues se encontraba en posibilidad de prevenirlos o evitarlos. Por tanto, no hay riesgo de impunidad por este aspecto.

La responsabilidad penal por omisión prevista en el artículo 25 del Código Penal, se sustenta en el deber jurídico de protección de un bien legítimo o vigilancia de fuentes de peligro para ese bien, que está a cargo de una persona (en el caso un superior militar o civil); en la posibilidad que éste tiene de tomar las medidas necesarias y adecuadas para prevenir y evitar la comisión del hecho punible, y en la omisión de las medidas a su alcance para evitar el hecho, omisión que determina o favorece la producción del crimen por los subordinados.

§ 4°. La señora Fiscal de la CPI, señala en su entrevista:

*“Si bien la noción de responsabilidad de mando está bien definida en el Estatuto de Roma, he observado con Preocupación de que cualquier referencia directa al artículo 28 de dicho Estatuto haya sido suprimida de la Versión del acuerdo de paz. No obstante, la definición finalmente adoptada por los legisladores tiene que cumplir plenamente con la definición estipulada en el Estatuto de Roma.”*

A la anterior afirmación se responde:

a). Es cierto que los Estados signatarios del Pacto de Roma, están obligados (es el caso de Colombia) a *investigar, juzgar y sancionar los hechos constitutivos de graves violaciones a los derechos humanos y los hechos constitutivos de crímenes de guerra y genocidios que se cometan en su jurisdicción*. Esta obligación la ha cumplido el poder judicial colombiano a cabalidad, en igual o mejor forma en que lo hace la Corte Penal Internacional, tal como lo reconoció la Oficina de la Fiscal BENSOUA, en el “Informe sobre las actividades de examen preliminar. Situación Colombia”, de 14 de noviembre de 2016, que antes de citó.

b). La obligación de los Estados Partes, de investigar, juzgar y sancionar estos crímenes, *no significa que los Estados, tengan que derogar sus leyes y adoptar el Estatuto de Roma como código interno*; como tampoco los Estados se obligan a redefinir sus leyes penales, amoldándolas a los exactos lineamientos y denominaciones del Derecho Penal Internacional. El Estado Parte cumple sus obligaciones tipificando y castigando las

conductas de competencia de la CPI, sin que sea necesario que “copie” o transcriba en sus leyes internas las normas del Estatuto de Roma.

De hecho, el Propio Estatuto de Roma reconoce que el juzgamiento por conductas constitutivas de crímenes internacionales corresponde en primer orden a las autoridades judiciales de los Estados Partes, con *aplicación de las propias leyes internas* (arts. 17, 80, 88 del Estatuto de Roma)<sup>4</sup>

i). En este orden de ideas, el párrafo seis (6) del Preámbulo del Estatuto de Roma señaló:

*“Recordando que es deber de todo Estado ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de los crímenes internacionales”.*

ii) Y el artículo 80 del Pacto de Roma señala con claridad meridiana:

*“Art. 80. El Estatuto, la aplicación de penas por los países y la legislación nacional Nada de lo dispuesto en la presente parte se entenderá en perjuicio de la aplicación por los Estados de las penas prescritas por su legislación nacional ni de la legislación de los Estados en que no existan las penas prescritas en la presente parte.”*

Y como es apenas lógico colegir, el ejercicio de la jurisdicción penal nacional, conlleva la aplicación de la ley penal nacional que es la que reglamenta y define el poder jurisdiccional y define las responsabilidades penales.

Como resulta fácil de colegir de las dos disposiciones del Pacto de Roma antes citadas, allí se prevé la aplicación clara e inobjetable del derecho penal de los Estados Parte, pues no de otra forma el Estado Parte puede cumplir su obligación original de investigar y juzgar los graves crímenes contra los derechos humanos y el DIH, que se ejecuten en su jurisdicción.

e). Las obligaciones internacionales asumidas por Colombia con la comunidad internacional al suscribir y aprobar el Pacto de Roma, entre otras son básicamente: *criminalizar las conductas, investigar y sancionar a los responsables de conductas materialmente constitutivas de crímenes de competencia de la Corte Penal Internacional; cooperar con la Corte Penal Internacional cuando esta asuma el conocimiento de hechos punibles cometidos en Colombia (art. 88 ECPI); castigar los delitos contra la administración de justicia en casos que tramite la CPI (art. 70 núm. 4 ECPI), etc.*

<sup>4</sup> Art. 80 ECPI. *“Nada de lo dispuesto en la presente parte se entenderá en perjuicio de la aplicación por los Estados de las penas prescritas por su legislación nacional ni de la legislación de los Estados en que no existan las penas prescritas en la presente parte.”*

d). En ninguna parte el Estatuto de Roma obliga a los Estados Partes a adoptar en su legislación interna los textos legales del Estatuto de la Corte Penal Internacional; tampoco es cierto que la Fiscalía de la CPI, tenga la atribución de supervigilar a los legisladores de los Estados Partes, para que modifiquen sus Constituciones Políticas amoldándolas al ECPI. El Estado cumple sus obligaciones convencionales tipificando las conductas, investigando y sancionando eficazmente a los autores de crímenes internacionales, según las definiciones, formas de autoría y participación, y según las penas establecidas en las propias leyes penales internas.

**§ 5º. ¿Cuál es el marco de aplicación y el alcance de las disposiciones del Estatuto de Roma?**

Como antes se ha dicho, El Estatuto de Roma es aplicable por la Corte Penal Internacional en procesos que avoque en ejercicio de su competencia subsidiaria y complementaria. Los jueces nacionales investigan y juzgan aplicando las disposiciones del derecho interno vigentes al tiempo de ejecución de las conductas punibles (art. 29 Constitución Política).

a). La CORTE CONSTITUCIONAL, en decantada jurisprudencia, que el Estatuto de Roma no es aplicable por los jueces nacionales; a quien delinca en el territorio nacional, se lo investiga y juzga con aplicación de las leyes internas vigentes en Colombia.

Así lo expresó la CORTE en Sentencia C-578 de 2002 que examinó y decidió sobre la constitucionalidad del Pacto de Roma, oportunidad en la cual el máximo Tribunal Constitucional de Colombia señaló:

**"4.16. Precisiones sobre la relación entre el Estatuto y el ordenamiento interno.**

*Del análisis material anterior se aprecia que las normas del Estatuto surten efectos dentro del ámbito de la competencia de la Corte Penal Internacional. Las disposiciones en él contenidas no reemplazan ni modifican las leyes nacionales de tal manera que a quien delinca en el territorio nacional se le aplicará el ordenamiento jurídico interno y las autoridades judiciales competentes al efecto son las que integran la administración de justicia colombiana. Por ejemplo, ningún juez penal nacional adquiere en virtud del Estatuto de Roma la facultad de imponer la pena de reclusión a perpetuidad. Sólo puede hacerlo la Corte Penal Internacional en ejercicio de su competencia complementaria a ella atribuida por el Estatuto...*"

Y en otro párrafo de la misma sentencia C-578 de 2002, expresó la Corte Constitucional:

*“Esta reforma constitucional –que entró en vigor el 27 de diciembre de 2001– contiene cuatro decisiones fundamentales del constituyente derivada. Las dos primeras son de orden competencial. La primera consiste en una autorización al “Estado colombiano” para “reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional” y para hacerlo exactamente en los “términos previstos en el Estatuto de Roma”. La segunda es una facultad al Estado para “ratificar este tratado de conformidad con el procedimiento establecido en esta Constitución”. Las otras dos son de naturaleza material. La primera permite “la admisión de un tratamiento diferente en materias sustanciales por parte del Estatuto de Roma con respecto a las garantías contenidas en la Constitución”. La segunda limita los alcances de dicho tratamiento diferente, al señalar que éste “tendrá efectos exclusivamente dentro del ámbito de la materia regulada” en el Estatuto de Roma.*

...

*Para determinar las particularidades del análisis constitucional del Estatuto de Roma la Corte constata, además, que la finalidad del acto legislativo mencionado fue introducir una base constitucional sólida para que el Estado colombiano pudiera reconocer la competencia de la Corte Penal Internacional en los términos del Estatuto de Roma.<sup>5</sup>*

*Dicho acto legislativo también tuvo como finalidad que los tratamientos especiales sólo surtieran efectos dentro del ámbito propio del Estatuto, de ahí que en el inciso segundo de dicho acto se hubiera advertido que la admisión de éstos “tendrá efectos exclusivamente dentro del ámbito de la materia regulada en él”, con lo cual se atendieron las inquietudes expresadas a lo largo de los debates por varios congresistas.<sup>6</sup>”*

<sup>5</sup> Un parlamentario dijo al respecto: “En segundo lugar, queda absolutamente claro (...) que cualquiera que sea el camino que se proponga siempre deberá mediar una reforma a la Constitución. O sea, no es posible que el Gobierno presente un proyecto de ley al Congreso tratando de incorporar dicho tratado a nuestra normatividad interna (...) porque corremos el riesgo de que ahí sí, la Corte Constitucional, cuando haga la revisión del caso pues declare inexequible alguno de los artículos del tratado, tales como puede ser la imprescriptibilidad de la pena, la cadena de perpetuidad (sic) y otras normas (...) que eventualmente podrían ser consideradas inconstitucionales por la Corte, si se presenta el proyecto de ley ordinario al Congreso. (...) En ese orden de ideas, ¿a dónde llegamos? Llegamos entonces a un texto conciliatorio y dialogamos con el Gobierno; texto que por cierto que ya lo he mencionado en el sentido de que el Gobierno Nacional puede ratificar el Estatuto de Roma previo agotamiento, (...) del procedimiento establecido en el artículo 189 numeral 2; o sea el agotamiento normal. “Sin embargo, hemos considerado, (...) un texto que estaría inmunizando al futuro proyecto de ley de iniciativa gubernamental como lo establece la Constitución, para que de esta manera quede blindado. ...Necesitamos entonces redactar un texto de tal manera que cuando el Gobierno Nacional presente el proyecto de ley incorporando el Estatuto a nuestra normatividad interna, esté blindado, esté protegido, estemos sobre piso sólido, de tal manera que cuando se haga el control de constitucionalidad ante la Corte (...)” (Ver Gaceta del Congreso N° 471, 20 de septiembre de 2001, página 6).

<sup>6</sup> En la ponencia para segundo debate en la Plenaria de la Cámara de Representantes, el ponente Carlos Germán Navas Talero, resumió lo ocurrido en la Comisión de la siguiente manera (Gaceta del Congreso No. 296, 13 de junio de 2001, páginas 15 y 16):

*“En el debate de la iniciativa en la Comisión Primera de la Cámara, hubo un consenso prácticamente unánime entre los congresistas, el Gobierno Nacional y el Defensor del Pueblo acerca de la necesidad de incorporar al ordenamiento jurídico nacional el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional y al requerimiento del procedimiento de la reforma constitucional para allanar el camino para su ratificación, dejando en manos del Ejecutivo, como supremo director de las relaciones exteriores del Estado colombiano, la iniciativa para la presentación del proyecto de ley por medio del cual se ratifique ese instrumento internacional.*

*“No obstante, como quiera que algunas de las disposiciones del Estatuto son ajenas a la tradición jurídica nacional y a ciertos principios de estirpe constitucional, en particular aquellas que establecen*

Significa lo anterior, que según la sentencia C-578 de 2002 de la Corte Constitucional, y como se dijo expresamente en este fallo, los tratamientos diferentes que contiene el Estatuto de Roma, con relación al tratamiento que a esos mismos temas otorga la Constitución Política de Colombia, solo operan y son aplicables EN PROCESOS QUE TRAMITE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL. Ejemplo la reclusión a perpetuidad solo es aplicable a hechos ocurridos en Colombia, en los procesos que adelante la propia Corte Penal Internacional y no en los procesos que tramiten nuestros jueces.

ii) Y en sentencia C-801 DE 2009, dijo la CORTE CONSTITUCIONAL, en sentencia C-801 de 2009, el Estatuto de Roma está llamado a ser aplicado sólo por la Corte Penal Internacional en los procesos que ella avoque cuando ejerza su competencia subsidiaria. Las autoridades nacionales investigan y juzgan con aplicación de las leyes internas.

El más alto Tribunal Constitucional, al señalar los alcances del Pacto de Roma respecto de la legislación interna expresó:

"5.3.12. Valga advertir, tal y como sucede con el Estatuto de Roma al que complementan, que las Reglas de Procedimiento y Prueba y los Elementos de los Crímenes, sólo están llamadas a producir efectos dentro del propio ámbito de competencia de la Corte Penal Internacional v. por tanto, no tiene incidencia en el derecho interno de los Estados. Sus contenidos, operan exclusivamente en el marco de aplicación del Estatuto de Roma y no obligan a las autoridades del país a observarlas en los casos que se procesen y juzguen en su territorio."

En esta misma Sentencia C-801 que decidió sobre la constitucionalidad de la definición de los Elementos de los Crímenes y Reglas de Procedimiento y Pruebas de la CPI, reiteró la CORTE CONSTITUCIONAL

"Explicó este Tribunal en esa oportunidad, y ahora lo reitera, que las disposiciones del Estatuto de Roma y los instrumentos que hacen parte del mismo, "no reemplazan ni modifican las leyes nacionales de tal manera que a quien delinca en el territorio nacional se le aplicará el ordenamiento jurídico interno y las autoridades judiciales competentes al

---

la posibilidad de imponer la prisión perpetua como pena, la imprescriptibilidad de las acciones derivadas de la comisión de los hechos punibles sancionados en el Estatuto y la revisión de las decisiones judiciales internas, y teniendo en cuenta que con la reforma al artículo 93 de la Carta Política este tratado se ubicaría al mismo nivel de la Constitución al momento de ser ratificado, se convino en establecer expresamente la aplicación de las materias sustanciales del Estatuto de Roma únicamente dentro del ámbito de lo regulado por el mismo, lo cual significa mantener la imposibilidad de establecer dentro del ordenamiento jurídico colombiano la prisión perpetua, la imprescriptibilidad de la acción penal o la relativización de los principios de la cosa juzgada y el non bis idem a pesar de la ratificación del Estatuto de Roma." (subrayado fuera de texto)

*efecto son las que integran la administración de justicia colombiana[50]. Para ilustrar tal premisa, la Corte manifestó que, por ejemplo, "ningún juez penal nacional adquiere en virtud del Estatuto de Roma la facultad de imponer la pena de reclusión a perpetuidad", pues esto sólo "puede hacerlo la Corte Penal Internacional en ejercicio de la competencia complementaria a ella atribuida por el Estatuto, cuando se den las condiciones y se cumplan los requisitos en él previstos."*

*"Sobre el particular, en la Sentencia C-578 de 2002, la Corte hizo las siguientes precisiones:*

*"Rebasa los alcances del presente análisis material entrar a señalar hipótesis específicas en las cuales puedan llegar a presentarse controversias particulares en los linderos de la relación entre el Estatuto y el ordenamiento interno. En cambio, sí estima necesario la Corte subrayar que, sin perjuicio de la cooperación y la asistencia judicial, existe una frontera entre el ámbito del Estatuto, es decir, el de la competencia complementaria de la Corte Penal Internacional, y el ámbito del derecho nacional, es decir, el de la competencia primigenia de la justicia nacional.*

*Por lo tanto, resulta procedente advertir que, como el ámbito del Estatuto de Roma se limita exclusivamente al ejercicio de la competencia complementaria atribuida a la Corte Penal Internacional y a la cooperación de las autoridades nacionales con ésta, el tratado no modifica el derecho interno aplicado por las autoridades judiciales colombianas en ejercicio de las competencias nacionales que les son propias dentro del territorio de la República de Colombia. Esto será recogido cuando se resuman las declaraciones interpretativas en el capítulo V de la presente providencia".*

*5.3.13. Así las cosas, las Reglas de Procedimiento y Prueba y los Elemento de los Crímenes, tal y como ocurre con el propio Estatuto de Roma, solo están llamados a producir efectos dentro del ámbito de competencia de la Corte Penal internacional. Ello significa que sus disposiciones y reglas no reemplazan ni modifican el derecho interno y, por tanto, tampoco son aplicables por las autoridades jurisdiccionales colombianas en el territorio de la República, en el ejercicio de sus funciones y competencias."<sup>7</sup>*

**En conclusión**, es claro, según la jurisprudencia de la Corte Constitucional, las normas del Pacto de Roma sólo son aplicables por la Corte Penal Internacional, en los procesos que ella adelante. Los jueces nacionales deben investigar y juzgar con aplicación de la normatividad penal interna.

iii) La Corte Constitucional en **Sentencia C-290 de 2012**, al referirse al alcance del Pacto de Roma señaló, que *el Tratado de Roma no modifica el Derecho interno aplicado por las autoridades judiciales colombianas. En el Pacto de Roma existen siete (7) tratamientos*

<sup>7</sup> Corte Constitucional, sentencia C-801 de 2009, exequibilidad Ley 1268 de 2009 aprobatoria de Elementos de los Crímenes y Reglas de Procedimiento y Prueba.

*diferentes en relación con la Constitución, entre ellos el de la imprescriptibilidad de los crímenes de competencia de la Corte Penal Internacional, y el tema de la responsabilidad de los superiores (art. 28 del ECPI). Esos tratamientos diferentes se aplican únicamente en el ámbito de la competencia de la Corte Penal Internacional, pero no modifican de forma alguna, el ordenamiento jurídico interno.*

Señaló además la sentencia C-290 de 2012, que hacen parte del *bloque de constitucionalidad los artículos 6, 7, 8, 20, 19.3, 65.4; 68, 75 y 82. 4 del Pacto de Roma, no incluyendo el artículo 28 del Pacto de Roma.*

iv) Lo anterior es precisamente lo que dispone el inciso final del artículo 93 de la Constitución Política de Colombia, adicionado por el Acto Legislativo 02 de 2002, art. 1º:

*“La admisión de un tratamiento diferente en materias sustanciales por parte del Estatuto de Roma con respecto a las garantías contenidas en la Constitución tendrá efectos exclusivamente dentro del ámbito de la materia regulada en él.”*

En conclusión, el tratamiento diferente del artículo 28 del Pacto de Roma sobre la “La responsabilidad de los jefes y otros superiores” solo es aplicable por la Corte Penal Internacional, en procesos que ella misma tramite.

#### § 6. El artículo 28 del ECPI, establece un tratamiento diferente

La Corte Constitucional, señaló en la sentencia C-578 de 2002, que el artículo 28 del Estatuto de Roma, establece un tratamiento diferente para el superior militar o civil, por actos criminales de los subordinados, y que esa situación se juzga en Colombia bajo las directrices del artículo 25 del Código Penal, o sea bajo las disposiciones de la “omisión impropia”:

“Por otra parte, el artículo 28 b) del Estatuto, establece un parámetro diferente para medir la responsabilidad penal de superiores por actos de sus subordinados en circunstancias distintas a las consignadas en el literal a). En primer lugar, no se refiere aquí a la responsabilidad de quien ejerce como jefe militar, ya sea de un ejército regular o de una fuerza irregular, ni al ejercicio de mando, autoridad y control sobre “fuerzas”. En este segundo caso, el literal b) del artículo 28 establece un parámetro de responsabilidad penal de superiores civiles, por actos de sus subalternos si se dan las siguientes tres condiciones: i) cuando hubiere tenido conocimiento de la comisión o del planeamiento de tales crímenes o hubiere deliberadamente hecho caso omiso de dicha información cuando sea claramente indicativa; ii) tales crímenes guarden relación con actividades bajo su responsabilidad y

control efectivo; y iii) no hubiere adoptado todas las medidas necesarias y razonables para evitarlo, reprimirlo o denunciarlo.<sup>8</sup>

Se plantea el problema jurídico de establecer si la consagración de responsabilidad penal por omisión en el Estatuto de Roma, constituye un tratamiento diferente al previsto en la Constitución.

Un antecedente reciente sobre esta responsabilidad penal se encuentra en el derecho penal colombiano mismo. En efecto, la jurisprudencia nacional ha desarrollado y aplicado la doctrina penal de la posición de garante referida a la fuerza pública en la sentencia SU-1184 de 2001 que a continuación se transcribe en lo pertinente:

“(L)as fuerzas militares tienen la obligación –en tanto que garantes- de enfrentar las agresiones individuales o colectivas contra los derechos constitucionales de las personas, así como, de manera general, contra los derechos humanos. De ahí que no puedan abstenerse de iniciar acciones de salvamento, excepto que medie imposibilidad jurídica o fáctica, frente a la ocurrencia de hechos graves de violación de tales derechos, en particular conductas calificables de lesa humanidad, como i) las violaciones a las prohibiciones fijadas en el protocolo II a los acuerdos de Ginebra –y en general al derecho internacional humanitario- o a los tratados sobre restricciones al uso de armas en la guerra (o en conflictos armados internos), ii) las acciones contra bienes culturales durante la guerra y los conflictos armados internos, iii) o los actos de barbarie durante la guerra y los conflictos armados internos –tales como la mutilación, tortura, asesinatos, violaciones, prostitución y desaparición forzada y otros tratos crueles e inhumanos, incompatibles con el sentimiento de humanidad-, pues las fuerzas armadas tienen la obligación de evitar que tales hechos se produzcan.

...  
18. La existencia de esa posición de garante significa que el título de imputación se hace por el delito de lesa humanidad, o en general por las graves violaciones a los derechos humanos, sin importar la forma de intervención en el delito (autoría o participación), o el grado de ejecución del mismo (tentativa o consumación) o la atribución subjetiva (dolo o imprudencia) (subrayas fuera del texto). Las estructuras internas de la imputación no modifican la naturaleza del delito realizado; estas no cambian porque el interviniente (para el caso, quien omite) se limite a facilitar la comisión de un hecho principal, o porque no se alcance la consumación del hecho.”<sup>9</sup>

“La anterior cita de la jurisprudencia constitucional nacional muestra cómo en Colombia la responsabilidad del jefe o superior tiene cabida respecto del jefe militar, oficial o de facto.”

#### § 7. Afirma la señora Fiscal de la CPI:

*“La cuestión de si un comandante tenía el mando o control efectivo se responde simplemente preguntando si el superior tenía la capacidad material para prevenir o castigar los crímenes cometidos por sus subordinados”*

<sup>8</sup> Prosecutor v. Delalic et al (Case No. IT-96-21-T), Judgment, 16 November 1998, (1999) 38 ILM 57. En este caso se reconoce la responsabilidad de civiles como principio de derecho consuetudinario.

<sup>9</sup> Corte Constitucional, Sentencia SU-1184 de 2001, M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

*Añade la señora Fiscal, que no es necesario probar consideraciones adicionales, como si el delito fue cometido en el área de responsabilidad del superior o si el superior tenía la capacidad de emitir órdenes y ejecutar operaciones en el mismo lugar.*

Se responde:

a). La anterior afirmación no es ni acertada ni suficiente, pues un superior pudo haber tenido la capacidad material para prevenir el hecho o para castigar el crimen cometido por sus subordinados y sin embargo no ser responsable, caso que ocurre cuando los subordinados precisamente para eludir las medidas tomadas por el superior disfrazan u ocultan los hechos revistiéndolos de *apariencia de legalidad*. Es más, el hecho puede ser previsible, pero el superior no cuenta con los elementos necesarios para evitar el hecho, por tanto, es necesario incluir en la definición de la “responsabilidad del mando”, los elementos que según el derecho colombiano son necesarios para inculpar al superior.

b). Señala así mismo la señora Fiscal de la CPI, que puede existir responsabilidad penal por crímenes cometidos por fuera del área de responsabilidad, afirmando que no interesa si se estaba en capacidad de emitir órdenes, desarrollar o ejecutar operaciones. Al respecto, es necesario analizar que la **capacidad de evitación**, es en nuestro Derecho y en el Derecho continental europeo un elemento vital, esencial en la determinación de la responsabilidad. Se ha dicho que “exigible es solo lo posible”, y que alguien es responsable de un injusto punible cuando el hecho era para él algo **evitable**, y para ello es preciso valorar todas las circunstancias de tiempo, modo, lugar y medios disponibles, a fin de establecer, si el hecho era evitable para el acusado.

Según lo expresado en la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de noviembre de 2007, radicado 28. 017, uno de los elementos esenciales del delito doloso de omisión es la capacidad de evitación: “Posibilidad de realizar la acción debida, esto es, que el sujeto esté en posibilidad de evitar el resultado o aminorar el riesgo a través de la acción debida para lo cual debe tener i) conocimiento de la situación típica, esto es, que el resultado se va a producir, ii) tener los medios necesarios para evitar el resultado, iii) contar con la posibilidad de utilizarlos a fin de evitar el resultado”.

Según lo anterior la capacidad de evitación implica, la posibilidad fáctica de evitar el resultado, que incluye la posibilidad de contar los medios necesarios para ello y la oportunidad de utilizarlos, por un lado, y por el otro, el conocimiento de la situación lesiva a evitar. Es decir, para esta posición, la posibilidad de evitación debe entenderse como un

examen ex ante, concreto, de la situación y del autor, que incluye el conocimiento de la situación como elemento esencial de la capacidad de evitar el resultado

Así las cosas, la capacidad de evitación no puede ser valorada como presupuesto de la autoría general en el delito de omisión, como forma de dominio final del hecho para los delitos dolosos o de dominabilidad de una situación de peligro en los delitos culposos. La capacidad de evitación no debe mirarse en abstracto, sin tener en cuenta los elementos de conocimiento subjetivo.

Así también lo señaló la Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia de Casación del 5 de julio de 2014. Proc. 35113. M.P.: Eugenio Fernández. Al señalar:

“El aquí tratado elemento de autoría del dominio final del hecho (o en su caso de la dominabilidad de una situación de peligro) decae en cambio directamente cuando el autor, si bien puede actuar, no se encuentra en la situación de desarrollar una actividad que pueda conducir a la salvación del bien jurídico (...). De ahí que solo puede ser autor idóneo de un delito de omisión impropia aquel que objetivamente se encuentre en la situación de ejecutar una determinada acción de salvamento, ésta capacidad de acuerdo con las facultades individuales del autor bajo las circunstancias dadas (medios de ayuda); exigencias subjetivas especiales (conocimiento, capacidad de culpabilidad etc.) no constituyen elementos de ésta “posibilidad” de dominio objetivo del hecho, sino pertenecen más bien a otros elementos delictivos (tipo subjetivo, atribuibilidad; cfr. Jescheck, 500, ilk, n° 86, antes del §13, con más antecedentes). Por eso, la unitariamente exigida posibilidad de ejecución de la acción de salvamento constituye un elemento del tipo objetivo

Además la Corte Europea de Derechos humanos, *Finogenov v. Russia*, del 20 de diciembre de 2001, sostuvo como también lo ha hecho la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que la conducta militar no puede ser juzgada en RETROSPECTIVA. En 1948, dos de los Tribunales Estadounidenses encargados de juzgar la conducta militar de algunos comandantes militares alemanes en la segunda Guerra Mundial sostuvieron que el Juez Penal “ está obligado a juzgar la situación tal como era percibida por el acusado en el momento” al momento de la ocurrencia (del acto en cuestión, el comandante) actuó dentro de los límites de una evaluación honesta sobre la base de las condiciones que prevalecen en ese momento.

§ 7. Dice la carta de la Fiscal BENSOUA

*"Por último, debe entenderse que la obligación de adoptar todas las medidas necesarias y razonables para prevenir o castigar la comisión de delitos no se limita a los comandantes directos solamente. El hecho de que de que los comandantes superiores no tomen esas medidas sobre la base de la información de que disponen podría desencadenar también su responsabilidad."*

Si bien es cierto que la obligación de adoptar todas las medidas necesarias y razonables para prevenir o castigar la comisión de delitos no se limita a los comandantes directos solamente, también debe considerarse que, en el mando, como en toda actividad compartida, existe el principio de "confianza": quien realiza con otros una tarea compleja o en la que intervienen varias personas, tiene el legítimo derecho a esperar y confiar que los demás obligados cumplan sus obligaciones en forma correcta; esa confianza en principio rige la actividad en la vida de relación social, así mismo en la Fuerza Pública. Por tanto, el hecho de no tomar personalmente las medidas, no hace a todo superior responsable, pues en principio ciertas medidas se toman en el área de los hechos, en en la situación concreta por quienes tienen la misión.

**§ 8.- Dice la Fiscal de la CPI.**

*"De conformidad con el Estatuto de Roma, tengo la obligación de evitar brechas sustantivas en las leyes aplicadas por las autoridades competentes del SJP podrían obstaculizar su aplicación en relación con los casos potenciales que mi Oficina ha identificado."*

En ninguna parte el Estatuto de Roma le otorga a la Fiscal la función de supervigilar las tareas autónomas de los Congresos de los Estados Partes en Pacto de Roma. La competencia de la Corte Penal Internacional, se origina en la voluntad de los Estados signatarios, por tanto, se trata de una función subsidiaria concedida por los Estados. Es obvio, que, en el cumplimiento de sus tareas, los funcionarios de la Corte Penal Internacional, incluida la Fiscal, deben respetar la Constitución y las leyes de los Estados que hacen parte del Tratado de Roma. No le compete a la Fiscalía de la CPI, tratar de que se derogue la Constitución de Colombia, como tampoco una tarea de supervigilancia funcional del Congreso de la República, más aún cuando se trata de introducir modificaciones a la Carta Constitucional.

Una supuesta facultad no concedida por ningún Estado, que obligaría a pedir a la Fiscalía de la CPI, un "visto bueno" para las reformas constitucionales es inaceptable a la luz de la Carta de las Naciones Unidas, que reconoce la soberanía de los Estados y la facultad para darse su propia Constitución.

El que debe amoldarse a la Constitución de Colombia, es el Pacto de Roma (art. 241 núm. 10 de la Carta Política) y no la Constitución de Colombia al Pacto de Roma (sentencia C-578 de 2002).

#### § 9. Sobre el respeto de las garantías Constitucionales

a). La señora fiscal de la CPI en cumplimiento de sus buenos oficios, debe también comprender que el Estado colombiano y el Congreso de la República deben respetar y cumplir con rigor las garantías y los derechos fundamentales que la misma Carta Política reconoce a toda persona señalada como autora o participe de un delito; garantías que se recogen en los artículos 28 y 29 de la Constitución a todas las personas con independencia de que sean o no servidores públicos, militares, civiles, etc. En este orden de ideas, según el artículo 29 de la Constitución Política de Colombia, *las leyes preexistentes a las conductas investigadas* son las llamadas a ser aplicadas a los crímenes cometidos a lo largo del conflicto armado. La ley promulgada por el Estado colombiano, y que por lo tanto era pública y conocida por todos, es el código penal vigente al tiempo de los hechos, en consecuencia, no se puede pretender juzgar esos hechos (sucedidos desde los años 1960 en adelante) con normas que no existían en el momento de la comisión de los crímenes.

El principio de estricta legalidad escrita implementado por el artículo 29 de la Carta Política, rige no sólo para la definición de los delitos y de las penas, sino también para las formas de autoría y participación. Dígase así mismo, que tanto la Corte Constitucional (Sentencia C-578 de 2002, sentencia C-290 de 2012 y sentencia SU 1184 de 2001, entre otras), como la Corte Suprema de Justicia (Sentencia 46604 de 2016) han determinado, que, en los casos de responsabilidad de los superiores por crímenes cometidos por sus subordinados, deben juzgarse con aplicación de la responsabilidad por omisión (artículo 25 del Código Penal).

b). También, el Congreso de la República debe considerar que ya la Corte Constitucional en la sentencia C-290 del 2012 señaló cuales normas del Estatuto de Roma hacían parte del llamado bloque de constitucionalidad, o sea normas del Estatuto de Roma que directamente obligaba al legislador colombiano, dentro de las cuales el máximo tribunal constitucional no incluyó el artículo 28 del Estatuto de Roma, razón jurídica que precisamente no obliga al Estado a replicarla en su exacta redacción en las leyes internas. No obstante, en el PAL de creación de la JEP el Congreso de la República introduce una definición de Responsabilidad del Mando que cumple y respeta los postulados de la Constitución, el derecho penal colombiano vigente al momento de la comisión de los hechos y los estándares internacionales.

Es más, la señora fiscal de la CPI no puede exigir una reforma constitucional para introducir a la legislación colombiana todas y cada una de las disposiciones del pacto de Roma, pues a juicio de la propia Corte Constitucional, hay modificaciones a la Carta Política que sólo podrían ser aprobadas por una Asamblea Nacional Constituyente y no por el Congreso de la República, como es el caso del artículo 29 de la Carta Política, que integra en su texto la columna vertebral las garantías fundamentales que se reconocen a todo procesado. En concreto, ni siquiera el Congreso de la República podría modificar la esencia del artículo 29 de la Carta Política, porque cuando se trata de modificaciones de este tipo se debe acudir al Constituyente Primario.

c). En Colombia está prohibida la responsabilidad objetiva, pues la Carta Política establece como garantía inalienable el *principio de culpabilidad* (Art. 29). La culpabilidad significa la necesidad de una vinculación subjetiva del hecho lesivo a los intereses jurídicos con el psiquismo del autor (conocimiento y voluntad), o sea, que una persona solo puede ser declarada culpable cuando ha intervenido directa o indirectamente en una conducta punible teniendo conocimiento del carácter injusto de su conducta, y cuando obró con libre autodeterminación. La falta de conocimiento de la ilicitud del hecho impide la culpabilidad; por lo dicho, no se puede pretender juzgar a los superiores militares o civiles con parámetros que niegan el principio de culpabilidad y la presunción de inocencia, tal como se regulan en el artículo 29 de la Constitución Política, y en los artículos 12 y 32 del Código Penal Colombiano vigente.

O sea que los elementos que establecen el margen de culpabilidad se señalan ya de tiempo atrás en forma clara en el sistema jurídico colombiano, que se apega en esto a los principios de “culpabilidad” y “presunción de inocencia”. O sea que la señora Fiscal debe partir también de la idea, de que en Colombia existe una decantada tradición jurídica sobre la responsabilidad y la culpabilidad, así como una normativa y una jurisprudencia que han determinado, partiendo de los principios constitucionales, cuáles son los elementos de la culpabilidad.

#### § 10. Complementariedad

La jurisdicción de la Corte Penal Internacional es complementaria<sup>10</sup>, es decir, que se acciona únicamente cuando el Estado se niega (indisposición) o no puede (incapacidad) investigar, enjuiciar o sancionar graves conductas<sup>11</sup>. Entonces, la complementariedad

<sup>10</sup> Preámbulo y artículo 1° del Estatuto de Roma.

<sup>11</sup> Sentencia C-578 de 2002 de la Corte Constitucional.

implica: 1. La protección del acusado, si ha sido juzgado en tribunales nacionales; 2. Respetar la soberanía nacional, cuando ha ejercido su jurisdicción penal; 3. La promoción de una mayor eficiencia de la CPI, dado que no puede ocuparse de todos los crímenes graves, y 4. La responsabilidad de los Estados para que basado en sus leyes cumpla con la obligación de investigar y enjuiciar supuestos crímenes graves.

De lo dicho, se puede concluir, que el Estatuto de Roma está llamado a ser aplicado en los procesos que adelante la Corte Penal Internacional y no en los juicios que tramite la jurisdicción colombiana, precisamente en forma reiterada lo ha dicho la Corte Constitucional en fallos de exequibilidad que obliga al legislador; en la sentencia C-578 de 2002 y en especial en la sentencia C-801 de 2009, en la que categóricamente afirmó:

*“5.3.12. Valga advertir, tal como sucede con el Estatuto de Roma al que complementan, que Las Reglas de Procedimiento y de Prueba y los Elementos de los Crímenes, sólo están llamados a producir efectos dentro del propio ámbito de competencia de la Corte Penal Internacional y, por tanto, no tiene incidencia en el derecho interno de los Estados. Sus contenidos, operan exclusivamente en el marco de aplicación del Estatuto de Roma y no obligan a las autoridades del país a observarlas en los casos que se procesen y juzguen en su territorio”*

**§ 11. Finalmente,** la señora Fiscal de la Corte Penal Internacional, está planteando una nueva exigencia a los Estados Parte, en este caso a Colombia, según la cual, cualquier modificación a la Carta Política necesita ser consensuada con la Fiscalía, es decir que carecemos de autonomía política para darnos nuestra propia Constitución, desde el momento en que cualquier definición sobre responsabilidad, debe aprobarse de acuerdo con el Estatuto de Roma.

Fuera de ser políticamente inaceptable, es necesario señalar que, la Corte Penal Internacional tiene competencia subsidiaria para investigar y juzgar crímenes de guerra, crímenes de genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de agresión. No todos estos delitos son cometidos en conflicto armado; así las cosas, los crímenes de lesa humanidad pueden ser cometidos en tiempo de paz o en conflicto armado; por tanto, la señora Fiscal tendría que exigirle a la Comunidad de Estados que aprobaron el Pacto de Roma, que modifiquen sus constituciones y leyes para incluir las normas del Estatuto de Roma, pues es posible que en muchos de esos países se pudieran cometer conductas constitutivas de crímenes de lesa humanidad y por tanto “habría impunidad” si no se introduce en todo el planeta el artículo 28 del ECPI.

## INTERVENCION DRA. SANDRA CHACON, ABOGADA LITIGANTE

Honorables señores Representantes a la Cámara, auditorio aquí presente y en general al público que hoy se encuentra en este recinto,

Quiero presentarles un saludo respetuoso a todos ustedes, felicitarlos por el esfuerzo que están haciendo en la consecución de la paz como un deber y como un derecho de la sociedad y animarlos que para la búsqueda de este logro se debe salvar cualquier dificultad que se presente durante la implementación jurídica de los acuerdos.

Es por ello que agradezco el espacio que hoy me están brindando para hacer ciertas precisiones de orden legal sobre algunos puntos tocados por la señora Fiscal de la Corte Penal Internacional Dra **BENSOUDA**

Previo al inicio de mis consideraciones, es necesario manifestarles que estamos en total unanimidad en el sentido de señalar que en el marco de los acuerdos de paz se debe buscar satisfacer la protección y el derecho de las víctimas.

### **7. Afirma la señora Fiscal de la CPI:**

“La cuestión de si un comandante tenía el mando o control efectivo se responde simplemente preguntando si el superior tenía la capacidad material para prevenir o castigar los crímenes cometidos por sus subordinados”

Añade la señora Fiscal, que no es necesario probar consideraciones adicionales, como si el delito fue cometido en el área de responsabilidad del superior o si el superior tenía la capacidad de emitir órdenes y ejecutar operaciones en el mismo lugar.

Se responde:

a). La anterior afirmación no es ni acertada ni suficiente, pues un superior pudo haber tenido la capacidad material para prevenir el hecho o para castigar el crimen cometido por sus subordinados y sin embargo no ser responsable, caso que ocurre cuando los subordinados precisamente para eludir las medidas tomadas por el superior disfrazan u ocultan los hechos revistiéndolos de **APARIENCIA DE LEGALIDAD**.

Es más, el hecho puede ser previsible, pero el superior no cuenta con los elementos necesarios para evitar el hecho, por tanto, es necesario incluir en la definición de la "responsabilidad del mando", los elementos que según el derecho colombiano son necesarios para inculpar al superior.

b). Señala así mismo la señora Fiscal de la CPI, que puede existir responsabilidad penal por crímenes cometidos por fuera del área de responsabilidad, afirmando que no interesa si se estaba en capacidad de emitir órdenes, desarrollar o ejecutar operaciones.

Al respecto, es necesario analizar que la **CAPACIDAD DE EVITACIÓN**, es en nuestro Derecho y en el Derecho continental europeo un elemento vital, esencial en la determinación de la responsabilidad. Se ha dicho que "EXIGIBLE ES SOLO LO QUE ES POSIBLE", y que alguien es responsable de un injusto punible cuando el hecho era para él algo **evitable**, y para ello es preciso valorar todas las circunstancias de tiempo, modo, lugar y medios disponibles, a fin de establecer, si el hecho era evitable para el acusado.

Según lo expresado por la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de noviembre de 2007, radicado 28. 017, uno de los elementos esenciales del delito **DOLOSO DE OMISIÓN** es la capacidad de evitación: "Posibilidad de realizar la acción

debida, esto es, que el sujeto esté en posibilidad de evitar el resultado o aminorar el riesgo a través de la acción debida para lo cual debe tener:

- i) conocimiento de la situación típica, esto es, que el resultado se va a producir,
- ii) tener los medios necesarios para evitar el resultado,
- iii) contar con la posibilidad de utilizarlos a fin de evitar el resultado”.

Según lo anterior la capacidad de evitación implica, la posibilidad fáctica de evitar el resultado, que incluye la posibilidad de contar con los medios necesarios para ello y la oportunidad de utilizarlos, por un lado, y por el otro, el **CONOCIMIENTO** de la situación lesiva a evitar. Es decir, la posibilidad de evitación debe entenderse como un examen ex ante, concreto, de la situación y del autor, que incluye el conocimiento de la situación como elemento esencial de la capacidad de evitar el resultado

Así las cosas, **LA CAPACIDAD DE EVITACIÓN** no puede ser valorada como un presupuesto de la autoría general en el delito de omisión, como forma de dominio final del hecho para los delitos dolosos o de dominabilidad de una situación de peligro en los delitos culposos. La capacidad de evitación no debe mirarse en abstracto, sin tener en cuenta los elementos DE CONOCIMIENTO SUBJETIVO.

Así también lo señaló la Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia de Casación del 5 de julio de 2014. Proc. 35113. M.P.: Eugenio Fernández. Al señalar:

“El aquí tratado elemento de autoría del **DOMINIO FINAL DEL HECHO** (o en su caso de la dominabilidad de una situación de peligro) decae en cambio directamente cuando el autor, si bien puede actuar, no se encuentra en la situación de desarrollar una actividad que pueda conducir a la salvación del bien jurídico (...). De ahí que solo puede ser AUTOR IDÓNEO DE UN DELITO DE

OMISIÓN IMPROPIA AQUEL QUE OBJETIVAMENTE SE ENCUENTRE EN LA SITUACIÓN DE EJECUTAR UNA DETERMINADA ACCIÓN DE SALVAMENTO, ésta capacidad de acuerdo con las facultades individuales del autor bajo las circunstancias dadas (medios de ayuda); exigencias subjetivas especiales (conocimiento, capacidad de culpabilidad etc.). no constituyen elementos de ésta "posibilidad" de dominio objetivo del hecho, sino pertenecen más bien a otros elementos delictivos de (tipo subjetivo, atribuibilidad; con más antecedentes). Por eso, la unitariamente exigida posibilidad de ejecución de la acción de salvamento constituye un elemento del tipo objetivo

Además la Corte Europea de Derechos humanos, dentro del caso Finogenov v. Russia, del 20 de diciembre de 2001, sostuvo como también lo ha hecho la Comisión Interamericana de Derechos Humanos:

**QUE LA CONDUCTA MILITAR NO PUEDE SR JUZGADA EN RETROSPECTIVA.**

En 1948, dos de los Tribunales Estadounidenses encargados de juzgar la conducta militar de algunos comandantes militares alemanes en la segunda Guerra Mundial sostuvieron que el **JUEZ PENAL " ESTÁ OBLIGADO A JUZGAR LA SITUACIÓN TAL COMO ERA PERCIBIDA POR EL ACUSADO EN EL MOMENTO"** al momento de la ocurrencia (del acto en cuestión, el comandante) actuó dentro de los límites de una **EVALUACIÓN HONESTA** sobre la base de las condiciones que prevalecen en ese momento.

Por último, he de señalar que el proyecto de Ley a implementar cumple con los estándares señalados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que deben regir en caso de graves violaciones de los derechos humanos, como son: la existencia de una investigación, juzgamiento y la imposición de una sanción.

Esta obligación de enjuiciar y sancionar a los responsables de las graves violaciones de los derechos humanos dijo la Corte Interamericana de Derechos

Humanos en el caso *Velázquez Rodríguez vs Honduras*, “ se trata de una obligación que debe ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa o como una mera cuestión de intereses particulares ...”

Es menester señalar que el Congreso de la República en la implementación de los acuerdos, debe tener en cuenta para su elaboración la doctrina del derecho internacional de los derechos humanos llamada “ EL MARGEN NACIONAL DE APRECIACIÓN”, propia de los estados pluralistas de derecho la cual permite al Estado apreciar la dimensión de sus conflictos, las normas establecidas en su derecho interno, . Es decir que existe por parte del Estado una maniobrabilidad en la adaptación de los instrumentos internacionales. Es así como el artículo 2 de la Convención americana de Derechos Humanos se indica que los Estados deben tomar las medidas necesarias para adaptar el ordenamiento interno con lo prescrito en la convención. Por ello se puede entender que el estado es el encargado de la interpretación y aplicación de los derechos humanos dentro del país conforme a la legislación internacional incorporada al ordenamiento interno.



**Ponencia Audiencia Pública 02 y 03 de  
Cámara de 2016 - 24 de enero de 2017**

Bogotá D.C., 23 de enero de 2017

Bogotá  
Honorable Representante  
**TELÉFORO PEDRAZA**  
Presidente  
Comisión Primera de la Cámara de Representantes  
Ciudad  
E.S.D.  
Correo: [Comision.primera.sr@gmail.com](mailto:Comision.primera.sr@gmail.com)

REF. Ponencia Audiencia Pública 24 de enero de 2016 sobre Proyecto de Acto Legislativo número 02 de 2016 Cámara, "*por medio del cual se crea un título de disposiciones transitorias de la Constitución aplicables a los agentes del Estado para la terminación del conflicto armado y la construcción de una paz estable y duradera y se dictan otras disposiciones*", acumulado con el Proyecto de Acto Legislativo número 03 de 2016, "*por medio del cual se crea un título de disposiciones transitorias de la Constitución para la terminación del conflicto armado la construcción de una paz estable y duradera y se dictan otras disposiciones.*"

Soraya Gutierrez Argüello, quien es integrante de la Junta Directiva de la Corporación Colectivo de Abogados José Alvear Restrepo, ciudadana colombiana mayor de edad, vecina de Bogotá, identificada con C.C. 46363125, en ejercicio del artículo 231 de la Ley 5ta de 1992 y de conformidad con la Convocatoria de Audiencia pública para el 24 de enero de 2017 en el marco del Procedimiento Legislativo Especial para la paz, presentamos ante la Comisión Primera Constitucional de la Cámara de Representantes Ponencia "La participación en el debate legislativo de los Acuerdos de paz es un derecho de las víctimas" y solicitamos respetuosamente que se nos inscriba en el orden del día.



La presente intervención estará dirigida a: Reiterar la importancia de la participación de las víctimas en el debate legislativo y los distintos mecanismos del Sistema Integral (I); solicitar se reconsidere la incorporación de contenidos a los Proyectos de Acto Legislativo de la presente que contravienen la autenticidad y bilateralidad de los Acuerdos de Paz (II); presentar propuestas concretas a las medidas legislativas que se han introducido para regular el tema de la responsabilidad de agentes del Estado ante la JEP, las cuales son violatorias de principios del derecho internacional de los derechos humanos (III).

Queremos llamar la atención sobre varios principios del Derecho Internacional de Derechos Humanos que deberían ser tenidos en cuenta al momento de discutir la incorporación constitucional y reglamentación del Acuerdo de Paz alcanzado entre el Gobierno Nacional y las FARC-EP, y que no han sido plenamente respetados, entre ellos: la participación de las víctimas, las garantías de no repetición y la diferenciación de responsabilidades entre actores. Igualmente, advertimos que principios propios del proceso de paz como la autenticidad y la bilateralidad, que deben orientar el debate legislativo en el curso de los Proyectos de Acto Legislativo número 02 de 2016 Cámara, *"por medio del cual se crea un título de disposiciones transitorias de la Constitución aplicables a los agentes del Estado para la terminación del conflicto armado y la construcción de una paz estable y duradera y se dictan otras disposiciones"*, acumulado con el Proyecto de Acto Legislativo número 03 de 2016, *"por medio del cual se crea un título de disposiciones transitorias de la Constitución para la terminación del conflicto armado la construcción de una paz estable y duradera y se dictan otras disposiciones"* no han sido cabalmente respetados.

#### **I. Participación de las víctimas en el SIVJRNR**

Primero, queremos sustentar la importancia de que las víctimas y organizaciones defensoras de sus derechos puedan participar tanto de los debates legislativos de implementación del Acuerdo Final, como de los mecanismos del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición (SIVJRNR). Deben abrirse las puertas para que las víctimas realicen aportes a los mecanismos de implementación que puedan reforzar su protección y garantizar su participación dentro de los procedimientos del Sistema Integral y demás puntos acordados. En los debates posteriores, y en la reglamentación, esta participación debe ser garantizada en todas las etapas, culminando con el litigio mismo en la JEP, específicamente bajo la constitución de sujeto o parte procesal, con facultades reales y explícitas de participación y controversia de las decisiones.

## II. Bilateralidad y autenticidad, principios irrespetados en el trámite del proyecto

Segundo, llamamos la atención sobre la inconveniencia de la acumulación de estos Proyectos de acto legislativo y algunas de las modificaciones que se han introducido en los informes de ponencia para la implementación de los Acuerdos en tanto que afectan los principios de autenticidad y bilateralidad de los mismos.

Con relación a la bilateralidad, tenemos que mientras que el SIVJNR fue pactado en la Mesa, el tratamiento para agentes estatales tiene su origen en una iniciativa exclusivamente gubernamental. Así, los Congresistas y el Gobierno Nacional están equiparando injustificadamente un compromiso que el Gobierno Nacional suscribió unilateralmente, y de manera contraria al espíritu de bilateralidad que guió los Acuerdos de paz<sup>1</sup>, al conjunto de disposiciones que sí fueron discutidas y acordadas de buena fe en los Diálogos de La Habana entre las partes, con la participación de las FARC-EP, víctimas, líderes políticos y de la sociedad civil y que fue sometido a un procedimiento de refrendación popular avalado por la Corte Constitucional.

Por otra parte, el principio autenticidad remite a la idea de que la reglamentación debe atender a lo pactado, y se han introducido una serie de medidas que no estaban en los acuerdos como la exclusión de acción de repetición y llamamiento en garantía para los miembros de la Fuerza pública, establecida en el artículo 90 de la Constitución Política, que señala que en caso de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial por la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste; la exclusión de obligación de los miembros de la Fuerza Pública de reparar monetariamente a las víctimas y la habilitación para que puedan ocupar cargos públicos o ser contratistas del Estado. La recientemente aprobada Ley de amnistía, indulto y tratamientos penales especiales también permite a los agentes estatales perpetradores de delitos graves que el tiempo de reclusión les sea computado para efectos de su pensión; el levantamiento de la prohibición de que personas condenadas sean reintegradas a la fuerza pública; la eliminación de los antecedentes penales, fiscales y disciplinarios. Estas en su conjunto son medidas que contradicen el sentido del Acuerdo Final, el papel de garante de los agentes estatales y garantías básicas de no repetición para este tipo de crímenes.

---

<sup>1</sup> Compromiso del Gobierno nacional en el marco del fin del conflicto armado para la aplicación de la jurisdicción especial para la paz a los agentes del Estado dado el 19 de diciembre de 2015.

### III. Responsabilidad de Agentes Estatales y Principios del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

En tercer lugar, y con relación a la responsabilidad de agentes estatales, si bien se menciona en la motivación del Acto Legislativo el respeto a los estándares de derecho internacional aplicables, en la redacción se desconocen algunos de ellos, como el sentido integral del artículo 28 del Estatuto de Roma sobre la responsabilidad del superior, que podría tener implicaciones en la investigación y judicialización del conjunto de crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra, por ejemplo en la investigación de máximos responsables en casos de ejecuciones extrajudiciales y desapariciones forzadas. En atención a la normativa internacional, el principio de responsabilidad del superior jerárquico, ha sido incorporado en múltiples decisiones de jueces penales y de la Corte Suprema de Justicia en aplicación del artículo 25 del Código Penal. Ahora bien, en el caso de mayores responsables no militares, sean servidores públicos de carácter civil, con funciones de control de orden público y autoridad policial o militar se omite la mención al tratamiento a recibir, caso en el cual se deben aplicar los estándares nacionales e internacionales sobre responsabilidad penal ya sea por acción u omisión, tal como ha sido aplicado por tribunales penales internacionales para la antigua Yugoslavia y Ruanda y el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.<sup>2</sup>

También se establece en el proyecto de Acto Legislativo, que para la determinación de la responsabilidad de mando en la Jurisdicción Especial para la Paz se aplicará en el caso de miembros de la Fuerza Pública el Código Penal colombiano y el Derecho Internacional Humanitario como ley especial, mientras se omite como marco de aplicación el derecho internacional de los derechos humanos, contrariando los fallos de la Corte Constitucional<sup>3</sup> y tribunales internacionales<sup>4</sup> en la materia. Además, de manera antitécnica en el proyecto se elevan a rango constitucional las reglas operacionales de la Fuerza Pública. Ello podría tener implicaciones jurídicas contrarias a los derechos de las víctimas, puesto que podría llevar a la tergiversación de la normativa humanitaria. Ya se ha intentado en otros proyectos de ley, invocar el derecho operacional para incluir figuras como “blanco legítimo” o “daño colateral” excluyentes de responsabilidad penal.

<sup>2</sup> Ver Art. 28 (b) del Estatuto de Roma. Casos sobre mayores responsables civiles: *Prosecutor v. Mucic et al.*, ICTY T. Ch., 16 November 1998, §§ 354, 378; *Prosecutor v. Akayesu*, (Caso no. ICTR-96-4-T), ICTR T. Ch., Juicio, 2 September 1998, párr. 491; *Prosecutor v. Kayishema y Ruzindana*, (Caso no. ICTR-95-1), ICTR T. Ch., Juicio, May 21 1999, Párr. 213-215.

<sup>3</sup> Ver: Sentencia C 084 de 2015, Sentencia C 280 de 2013, Sentencia C 781 de 2013, Sentencia T 280 A de 2016, Sentencia C 575 de 2006 y Sentencia C 370 de 2006, entre otras.

<sup>4</sup> Ver: *Caso Barrios Altos vs. Perú*. Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 14 de marzo de 2001; *Caso Godínez Cruz vs. Honduras*. Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 20 de enero de 1989; *Caso Myrna Mack Chang vs Guatemala*. Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 25 de noviembre de 2003; *Caso Juan Humberto Sánchez*; *Caso Bámaca Velásquez*; entre otros.



**Ponencia Audiencia Pública 02 y 03 de  
Cámara de 2016 - 24 de enero de 2017**

Reiteramos que en estas discusiones se garantice la participación de las víctimas de violaciones de derechos humanos y sus organizaciones, la atención a los principios del derecho internacional de los derechos humanos. Pese al enorme entusiasmo y compromiso que han asumido las víctimas y organizaciones de la sociedad civil con la defensa del proceso de paz, el Gobierno Nacional y Congreso de la República están desconociendo su relevancia en el principal escenario de debate democrático y vulnerando los principios básicos de autenticidad y bilateralidad que inspiraron el logro del Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto Armado y la Construcción de una paz estable y duradera.

Cordialmente,

**Soraya Gutierrez Argüello**

C.C. 46363125

Integrante de la Junta Directiva

Colectivo de Abogados José Alvear Restrepo

## El capítulo Étnico incluido en el Acuerdo Final de Paz entre el Gobierno Nacional y las FARC

### Consideraciones

Que el Gobierno Nacional y las FARC-EP reconocen que los pueblos étnicos han contribuido a la construcción de una paz sostenible y duradera, al progreso, al desarrollo económico y social del país, y que han sufrido condiciones históricas de injusticia, producto del colonialismo, la esclavización, la exclusión y el haber sido desposeídos de sus tierras, territorios y recursos; que además han sido afectados gravemente por el conflicto armado interno y se deben propiciar las máximas garantías para el ejercicio pleno de sus Derechos Humanos y colectivos en el marco de sus propias aspiraciones, intereses y cosmovisiones.

Considerando que los pueblos étnicos deben tener el control de los acontecimientos que les afectan a ellos y a sus tierras, territorios y recursos manteniendo sus instituciones, culturas y tradiciones, y fundamental incorporar la perspectiva étnica y cultural, para la interpretación e implementación del Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera en Colombia.

### Principios

En la interpretación e implementación de todos los componentes del Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera en Colombia con un enfoque étnico, incluyen los contemplados en el ordenamiento jurídico del marco internacional, constitucional, jurisprudencial y legal, especialmente el principio de no regresividad, reconocido en el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, así como los principios y derechos reconocidos en la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer – CEDAW, Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial – CERD, Declaración de Acción de Durban, la Declaración de las Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas, el Convenio 169 de la OIT sobre Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales.

En la interpretación e implementación del Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera en Colombia, con enfoque étnico se tendrá en cuenta entre otros los siguientes principios a la libre determinación, la autonomía y el gobierno propio, a la participación, la consulta y el consentimiento previo, libre e informado; a la identidad e integridad social, económica y cultural, a los derechos sobre sus tierras, territorios y recursos, que implican el reconocimiento de sus prácticas territoriales ancestrales, el derecho a la restitución y fortalecimiento de su territorialidad, los mecanismos vigentes para la protección y seguridad jurídica de las tierras y territorios ocupados o poseídos ancestralmente y/o tradicionalmente.

### Salvaguardas y garantías

Salvaguardas substanciales para la interpretación e implementación del Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera en Colombia.

Se respetará el carácter principal y no subsidiario de la consulta previa libre e informada y el derecho a la objeción cultural como garantía de no repetición, siempre que procedan. En consecuencia, la fase de implementación de los acuerdos, en lo que concierne a los pueblos étnicos, se deberá cumplir garantizando el derecho a la consulta previa libre e informada respetando los estándares constitucionales e internacionales.

Se incorporará un enfoque transversal étnico, de género, mujer, familia y generación.

En ningún caso la implementación de los acuerdos irá en detrimento de los derechos de los pueblos étnicos.

a. En materia de Reforma Rural Integral

En la implementación del punto RRI se garantizarán la perspectiva étnica y cultural, las condiciones jurídicas vigentes de la propiedad colectiva, los mecanismos para la protección y seguridad jurídica de las tierras y territorios ocupados o poseídos ancestralmente y/o tradicionalmente. Se observarán también la integralidad de la territorialidad y sus dimensiones culturales y espirituales, la protección reforzada a los pueblos en riesgo de extinción y sus planes de salvaguardas.

Acceso a tierras incluyendo el Fondo de Tierras. Se incluirán a los pueblos étnicos como beneficiarios de las diferentes medidas acordadas de acceso a tierras sin detrimento de los derechos adquiridos. La adjudicación de predios y procedimientos de formalización se hará con destino a la constitución, creación, saneamiento, ampliación, titulación, demarcación, restitución y resolución de conflictos de uso y tenencia de las tierras. Se entenderá para el caso de los pueblos étnicos que la función ecológica de la propiedad y las formas propias y ancestrales de relacionamiento con el territorio se anteponen a la noción de explotación. En la creación de mecanismos de resolución de conflictos de tenencia y uso y de fortalecimiento de la producción alimentaria participarán los pueblos y comunidades étnicas con sus organizaciones representativas cuando se trate de conflictos que comprometan sus derechos.

- Los Programas de Desarrollo con Enfoque Territorial (PDET), cuya realización esté proyectado hacerse en territorios de comunidades indígenas y afrocolombianas, deberán contemplar un mecanismo especial de consulta para su implementación, con el fin de incorporar la perspectiva étnica y cultural en el enfoque territorial, orientados a la implementación de los planes de vida, etnodesarrollo, planes de manejo ambiental y ordenamiento territorial o sus equivalentes de los pueblos étnicos.

b. En materia de participación.

Se garantizará la participación plena y efectiva de los representantes de las autoridades étnicas y sus organizaciones representativas en las diferentes instancias que se creen el marco de la implementación del Acuerdo Final, en particular las consagradas en el punto 2 y las instancias de planeación participativa.

Se adoptarán medidas para garantizar la inclusión de candidatos de los pueblos étnicos en las listas de las Circunscripciones Territoriales Especiales de Paz – CTEP, cuando su Circunscripción coincida con sus territorios.

c. En materia de Garantías de Seguridad del punto 3.4

Para el diseño e implementación del Programa de Seguridad y Protección para las comunidades y organizaciones en los territorios se incorporará perspectiva étnica y cultural. Se garantizará el fortalecimiento de los sistemas de seguridad propios de los pueblos étnicos, reconocidos a nivel nacional e internacional como la Guardia Indígena y la Guardia cimarrona.

d. En materia de solución del problema de drogas ilícitas.

- Se garantizará la participación efectiva y consulta de las comunidades y organizaciones representativas de los pueblos étnicos en el diseño y ejecución del PNIS, incluyendo los planes de atención inmediata respecto de los Territorios de los pueblos étnicos. En cualquier caso, el PNIS respetará y protegerá los usos y consumos culturales de plantas tradicionales catalogadas como de uso ilícito. En ningún caso se impondrán unilateralmente políticas de uso sobre el territorio y los recursos naturales presentes en ello.

- En la priorización de los territorios se atenderá a las realidades de los territorios de pueblos étnicos, se tendrá en cuenta los territorios afectados por cultivos de uso ilícito de los pueblos étnicos en riesgo de exterminio físico y cultural o en riesgo de extinción, así como los territorios de los pueblos étnicos en situación de confinamiento o desplazamiento.

- El Programa de Desminado y Limpieza de las áreas del territorio nacional se desarrollará en concertación con los pueblos étnicos y sus organizaciones representativas. Se atenderá de manera prioritaria los casos del pueblo EMBERA ubicado en el municipio de Puerto Libertador en Córdoba e Ituango en Antioquia, los del pueblo JIW ubicado en el municipio de San José del Guaviare en Guaviare, el pueblo Nukak departamento del Guaviare, en los municipios de Mapiripán y Puerto Concordia en el Meta, así como en el municipio de Tumaco río Chagüí y el del pueblo Awá en el departamento de Nariño. También los casos de los Consejos Comunitarios Alto Mira y Frontera y río Chagüí y el municipio de Buenos Aires, vereda La Alsacia en el departamento del Cauca.

- Como un gesto de voluntad de paz, reparación y humanidad, el Gobierno Nacional, las FARC-EP y las organizaciones representativas de los pueblos étnicos se comprometen a desarrollar un programa de asentamiento, retorno, devolución y restitución de los territorios del pueblo indígena Nukak, el pueblo Embera Katío del Alto San Jorge resguardo Cañaveral, así como del territorio del Consejo Comunitario Alto Mira y Frontera y Curvaradó y Jiguamiandó.

e. En materia de víctimas del conflicto: “Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición”

- El diseño y ejecución del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición respetará el ejercicio de las funciones jurisdiccionales de las autoridades tradicionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con los estándares nacionales e internacionales vigentes.

- En el diseño de los diferentes mecanismos judiciales y extrajudiciales acordados respecto a los pueblos étnicos se incorporará la perspectiva étnica y cultural. Se respetará y garantizará el derecho a la participación y consulta en la definición de estos mecanismos, cuando corresponda.

- En el marco de la implementación de la Jurisdicción Especial para la Paz se crearán mecanismos para la articulación y coordinación con la Jurisdicción Especial Indígena según el mandato del artículo 246 de la Constitución y cuando corresponda, con las autoridades ancestrales afrocolombianas.

- Se concertará con las organizaciones representativas de los pueblos étnicos un programa especial de armonización para la reincorporación de los desvinculados pertenecientes a dichos Pueblos, que opten por regresar a sus comunidades, para garantizar el restablecimiento de la armonía territorial. Se concertará una estrategia pedagógica y comunicativa de difusión de los principios de no discriminación racial y étnica de las mujeres, jóvenes y niñas desvinculadas del conflicto.

#### f. En materia de Implementación y Verificación

- Se creará una Instancia Especial de Alto nivel con Pueblos Étnicos para el seguimiento de la implementación de los acuerdos, que se acordará entre el Gobierno Nacional, las FARC-EP y las organizaciones representativas de los Pueblos Étnicos. La instancia tendrá las funciones de actuar como consultora, representante e interlocutora de primer orden de la Comisión de Implementación, Seguimiento Y Verificación del Acuerdo Final de Paz y de Resolución de Diferencias (CSVV). Lo anterior sin detrimento de las funciones y atribuciones que tengan instancias de gobierno propio y de participación que ya existen.

- Las fuentes de financiación para la implementación de los acuerdos no involucrarán aquellos acuerdos en materia presupuestal que ya se hayan realizado entre el Gobierno Nacional y los Pueblos Indígenas y afrocolombianos, consignados en el Plan Nacional de Desarrollo vigente y demás políticas consultadas y concertadas.

Bogotá, lunes, 23 de enero de 2017.

Doctora  
**AMPARO YANETH CALDERON PERDOMO**  
Secretaria Comisión Primera Constitucional.  
Carrera 7 N° 8 – 68, Oficina 238B  
Teléfono 3824289 - 3824288  
Comisión.primer.cr@gmail.com  
Cámara de Representantes

Respetada doctora

Atendiendo la invitación realizada por ustedes, mediante oficio N° C.PC.P.-743-17 del pasado 20 de enero del presente año, con el fin de dar mis opiniones respetuosas al proyecto de ley **“POR MEDIO DEL CUAL SE CREA UN TÍTULO DE DISPOSICIONES TRANSITORIAS DE LA CONSTITUCIÓN PARA LA TERMINACIÓN DEL CONFLICTO ARMADO Y LA CONSTRUCCIÓN DE UNA PAZ ESTABLE Y DURADERA Y SE DICTAN OTRAS DISPOSICIONES”**.

Teniendo en cuenta la ponencia, para primer debate en Comisión Primera de la Cámara de Representantes al proyecto de ley **“Por medio del cual se crea un título de disposiciones transitorias de la constitución para la terminación del conflicto armado y la construcción de una paz estable y duradera y se dictan otras disposiciones”** – Procedimiento Legislativo Especial para la Paz.

A continuación, se expone las opiniones al proyecto de ley, Así:

Como antecedentes encontramos que en noviembre de 2012, el Gobierno Nacional y las FARC- EP instalaron la Mesa de Conversaciones de La Habana, con el fin de lograr la terminación del conflicto armado y dar inicio a una etapa de construcción de paz entre todos los colombianos.

Este proceso, diseñado bajo una metodología rigurosa con base en las experiencias nacionales e internacionales, permitió avanzar rápidamente para llegar acuerdos sobre los elementos que históricamente alimentaron el conflicto armado.

El 26 de septiembre de 2016 el Gobierno Nacional y las FARC-EP suscribieron el *Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera* (en adelante “el Acuerdo” o “el Acuerdo Final”). A partir de los resultados del plebiscito del 2 de octubre, se hicieron los ajustes y modificaciones que llevaron a suscribir un Nuevo Acuerdo Final firmado el 24 de noviembre en Bogotá.

El Acuerdo Final del 24 de noviembre surtió un proceso de refrendación que cumple con los elementos propuestos por la Honorable Corte Constitucional en el Comunicado 64 de 2016. respecto al concepto de refrendación popular a propósito

representación popular de los Colombianos, el Congreso de la República. En consecuencia, el procedimiento de refrendación popular fue surtido y el procedimiento legislativo especial establecido en el Acto Legislativo 01 de 2016 se entiende activado.

Es notorio que la Justicia Especial para la Paz, se está haciendo una sustitución de la Constitución Política de Colombia, por cuanto separa del poder judicial y toda su estructura orgánica a otra entidad encargada de perseguir y Juzgar a los miembros de las FARC.

El sistema de pesos y contrapesos es uno de los principios axiales de la Carta Política de 1991. Así lo ha reconocido la Corte Constitucional en reiteradas oportunidades<sup>[4][4]</sup>. Las ideas sobre la separación de poderes y los sistemas de frenos y contrapesos, ha resultado uno de los grandes instrumentos de la teoría política para ponerle límites al ejercicio del poder y evitar la arbitrariedad en la conducción de los designios de un Estado y en este sentido se ha pronunciado el Consejo de Estado, máxima autoridad administrativa, mediante Radicado número: 11001-03-06-000-2015-00164-00(2269 AM), **Consejero ponente: WILLIAM ZAMBRANO CETINA.**

**EN CUANTO A SU ARTÍCULO TRANSITORIO 3**, sobre la Unidad de Búsqueda de Personas dadas por Desaparecidas en el contexto y en razón del conflicto armado. En este punto no se ha manifestado en lo absoluto la forma o el medio que podrán acudir las diferentes entidades del Estado o las Víctimas del conflicto armado, para iniciar la búsqueda de personas desaparecidas, que tengan conocimiento las mismas víctimas de su ubicación en donde se encuentran, posiblemente enterrados a razón del conflicto.

De igual forma, se debe de especificar la forma de certificar los cuerpos que manifiesten los grupos al margen de la ley que fueron arrojados al río y que no sea posible su localización y/o ubicación de los mismos.

**EN CUANTO AL ARTÍCULO TRANSITORIO 5**, sobre la Jurisdicción Especial para la Paz, se debe de incluir que es una causal de exclusión de la misma, no declarar todos sus bienes adquiridos ilícitamente, con el fin de Reparar a las Víctimas en su totalidad y no solidariamente por parte del Estado hacer esta reparación.

**EN CUANTO AL ARTÍCULO TRANSITORIO 6**, sobre la Unidad de Investigación y Acusación realizará las investigaciones correspondientes y adelantará el ejercicio de la acción penal ante el Tribunal para la Paz, para lo cual podrá solicitar la colaboración de la Fiscalía General de la Nación y establecer acuerdos de cooperación con esta.

En este sentido quiero manifestar que el apoyo que pida la JEP, debe ser única y exclusivamente al órgano investigativo del Cuerpo técnico de Investigación, conforme a lo establecido en la Ley 489 de 1998, en su artículo 95, debido a que se va a investigar delitos que van en contra del derecho Internacional Humanitario y no podría estar los investigadores de la Policía Nacional – DIJIN, SIJIN, debido a que hacen parte de la estructura del ejecutivo y hacen parte de la fuerza pública del Estado.

**Justicia**” del 5 de diciembre de 2013, en donde se pronunció de la siguiente manera:

“La protección a la vida e integridad de las y los operadores de justicia es una obligación del Estado que deriva de dichos derechos reconocidos por la Convención y la Declaración Americanas para todas las personas en las jurisdicciones de los Estados de América, sin embargo, también es una condición esencial para garantizar el debido proceso y la protección judicial sobre las investigaciones relacionadas con violaciones a derechos humanos. La Corte ha señalado en su jurisprudencia que “el Estado debe garantizar que funcionarios judiciales, fiscales, investigadores y demás operadores de justicia cuenten con un sistema de seguridad y protección adecuado, tomando en cuenta las circunstancias de los casos a su cargo y el lugar donde se encuentran laborando, que les permita desempeñar sus funciones con debida diligencia. Sombreado fuera de texto.

En el ámbito de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) la Asamblea General estableció en el año de 1985 los *Principios Básicos de las Naciones Unidas relativos a la Independencia de la Judicatura*, los cuales especifican las garantías mínimas a observarse para asegurar la independencia en la función jurisdiccional y han sido aceptados como un instrumento útil para medir la independencia del poder judicial en un Estado Miembro<sup>1</sup>. Con posterioridad a este instrumento y teniéndolo por referente, se han elaborado diversos instrumentos de carácter universal y regional destinados a proteger la independencia del Poder Judicial<sup>23</sup>. Varios de estos instrumentos, han sido utilizados en informes la Relatoría de la ONU la cual ha efectuado importantes pronunciamientos en la materia<sup>24</sup>. Asimismo, la Comisión ha desarrollado en sus informes temáticos y en el marco del sistema de peticiones y casos una serie de estándares.

En el ámbito del sistema interamericano el derecho de acceso a la justicia deriva de los artículos 8 y 25 de la Convención Americana de los cuales se desprenden una serie de obligaciones estatales que se deben garantizar a las personas afectadas en sus derechos para la búsqueda de justicia en sus respectivos casos. Adicionalmente, de dichas obligaciones estatales se desprenden determinadas garantías que los Estados deben brindar a las y los operadores de justicia a efecto de garantizar su ejercicio independiente y posibilitar así que el Estado cumpla con su obligación de brindar acceso a la justicia a las personas. A ese respecto, en el caso *Reverón Trujillo* la Corte precisó que los jueces, a diferencia de los demás funcionarios públicos, cuentan con determinadas garantías debido a la independencia necesaria del Poder judicial para los justiciables, lo cual la Corte ha Entendido como “esencial para el ejercicio de la función judicial”. Dichas garantías son un corolario del derecho de acceso a la justicia que asiste a todas las personas y se traducen por ejemplo, en el caso de las juezas y jueces, en “garantías reforzadas” de estabilidad a fin de garantizar la independencia necesaria del Poder judicial.

La independencia desde el punto de vista institucional, se refiere a la relación que guarda la entidad de justicia dentro del sistema del Estado respecto de otras esferas de poder e instituciones estatales<sup>2</sup>. Cuando no existe independencia en

---

<sup>1</sup> Los Principios Básicos de las Naciones Unidas relativos a la independencia de la judicatura fueron

esta faceta se presentan situaciones de subordinación o dependencia a otros poderes o instituciones ajenos a la entidad de justicia que debería ser independiente.

El principio de independencia del Poder judicial ha sido reconocido como “costumbre internacional y principio general de derecho” y ha sido consagrado en numerosos tratados internacionales. La independencia de todo órgano que realice funciones de carácter jurisdiccional es un presupuesto indispensable para el cumplimiento de las normas del debido proceso en tanto derecho humano y su ausencia afecta el ejercicio del derecho de acceder a la justicia, aparte de generar desconfianza y hasta temor, que orille a las personas a no recurrir a la los tribunales.

**EN CUANTO AL ARTÍCULO TRANSITORIO 7**, se está violando el derecho de las víctimas el acceso a la administración de justicia, debido a que los términos procesales del derecho de petición y de tutela, deben de cambiar. No se está manifestando las garantías judiciales o extrajudiciales de medidas de protección de la vida e integridad personal, cuando son amenazados por grupos disidentes de la misma organización desmovilizada.

Estos son mis aportes a la Justicia Especial para la Paz, con el fin de que sean tenidas en cuenta en su discusión.

Para cualquier notificación, se recibe en celular 3204139622 y/o al correo electrónico [gladiador1904@hotmail.com](mailto:gladiador1904@hotmail.com)

Le agradezco su valiosa colaboración.

Cordialmente,

**CARLOS ANDRES GUTIERREZ M**  
C.C. 71.790.097 de Medellín - Antioquia.

## Las Víctimas en el centro del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición

Ese fue el compromiso del Gobierno Nacional y las FARC cuando se acordó el punto 5 de la Agenda de negociación y de manera específica a la hora de proponer un sistema para el restablecimiento de los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia, la reparación y la no repetición. Por tanto, celebramos que el Acto Legislativo que discute hoy el Congreso de la República en el Capítulo I donde propone un Artículo transitorio en la constitución para la creación del sistema, parta de los principios de reconocimiento de las víctimas como ciudadanos con derechos, del reconocimiento de que debe existir verdad plena sobre lo ocurrido, de reconocimiento de responsabilidad de todos los que participaron en el conflicto de manera directa e indirecta y se vieron involucrados de alguna manera en graves violaciones a los derechos humanos y graves infracciones al Derecho Internacional Humanitario y finalmente, de satisfacción de los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia, la reparación y la no repetición, pero consideramos que también debería incluirse como principio orientador **La participación de las víctimas** tal y como lo establece el Acuerdo firmado el pasado el 24 de noviembre de 2016,

*“La discusión sobre la satisfacción de los derechos de las víctimas de graves violaciones de derechos humanos e infracciones al Derecho Internacional Humanitario con ocasión del conflicto, requiere necesariamente de la participación de las víctimas, por diferentes medios y en diferentes momentos.”<sup>1</sup>*

De esta manera las víctimas serán tenidas en cuenta todos los mecanismos y medidas que integran el Sistema, siempre y cuando el Estado brinde las garantías materiales y logísticas necesarias para facilitar su participación, y se comprometa con la institucionalización de un mecanismo para consultar periódicamente a las víctimas organizadas y no organizadas del país durante el diseño y desarrollo legislativo del Acuerdo de Paz; que sea ágil y efectivo y que permita el posicionamiento de nuestras recomendaciones y propuestas. Acción que proveerá de mayor legitimidad al Acuerdo en términos de implementación y que más que una propuesta, es una exigencia que debería materializarse YA.

Por otro lado, a la Mesa Nacional de Víctimas pertenecientes a Organizaciones Sociales le preocupa que el Acto legislativo no contemple las acciones acordadas para garantizar la no repetición, componente sin el cual se limita la integralidad del sistema y cuyo desarrollo normativo y constitucional podría convertirse en la mayor muestra de voluntad estatal con

---

<sup>1</sup> Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera, 24 de noviembre de 2011, página 124.

el fin de la guerra y especialmente con el desmonte de estructuras criminales sucesoras del paramilitarismo. En este sentido, dos propuestas:

1. Incluir en el Acto Legislativo la prohibición constitucional del paramilitarismo así como la promoción de organizaciones violentas de la promoción, financiación o empleo oficial y/o privado de estructuras o prácticas paramilitares, en cumplimiento de lo establecido en el Acuerdo Final en el punto 3.4.2. sobre el Pacto Político Nacional, que afirma que

*“el Gobierno Nacional se compromete a poner en marcha el proceso legislativo necesario para incorporar a la Constitución la prohibición de la promoción, organización, financiación o empleo oficial y/o privado de estructuras o prácticas paramilitares y a desarrollar las normas necesarias para su aplicación, que incluirán una política de persecución penal, sanciones administrativas y disciplinarias. Además se contemplarán medidas de sometimiento a la justicia. Este pacto buscará la reconciliación nacional y la convivencia pacífica entre colombianos/as.”<sup>2</sup>*

Este es el momento oportuno para que el Gobierno Nacional empiece a cumplir con este compromiso; la situación de amenaza, persecución y asesinato sistemático de defensores y defensoras de derechos humanos y líderes y lideresas sociales es cada vez más grave y requiere de todos los esfuerzos políticos que puedan sumarse para detenerla, pero más importante aún, para prevenirla.

2. Establecer de manera clara la articulación de la Unidad de la Unidad Especial de investigación para el desmantelamiento de las organizaciones y conductas criminales responsables de homicidios y masacres, que atentan contra defensores/as de derechos humanos, movimientos sociales o movimientos políticos o que amenacen o atenten contra las personas que participen en la implementación de los acuerdos y la construcción de la paz, incluyendo las organizaciones criminales que hayan sido denominadas como sucesoras del paramilitarismo y sus redes de apoyo, con el Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición, puesto que aunque en el Acuerdo se define como un mecanismo que se creará en el marco de la jurisdicción ordinaria, deberá mantener una estrecha relación e intercambiar la información que sean necesaria con la Jurisdicción Especial para la Paz y la Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición.

Ha sido una premisa de todo el proceso que la Paz se construirá con el concurso de todas y todos, pero no es posible afirmar esto, si se excluye a las víctimas de los pasos que se dan en su edificación y si no se avanza en la materialización de acciones que tracen la ruta hacia la no repetición. Las víctimas reiteramos nuestro firme apoyo a este primer momento de

---

<sup>2</sup> Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera, 24 de noviembre de 2016, página 80.

discusión del cronograma legislativo para la paz, pero exigimos que el debate sea público, incluyente y que respete de manera decidida y contundente el compromiso de que las víctimas estén en el centro.

**Elaborado por:**

Mesa Nacional de Víctimas pertenecientes a Organizaciones Sociales

**Ponente:**

Luis Enrique Sierra Santos

Representante FUNDEXCO

Representante Mesa Nacional de Víctimas Pertenecientes a Organizaciones Sociales.

C.C. 19.350.830

## **Participación de las víctimas en el diseño e implementación del sistema integral de verdad, justicia, reparación y no repetición.**

En el punto 6.1.9. del Acuerdo Final de Paz se establecen como prioridades de implementación normativa, en su orden, tras la presentación de la ley de amnistía, sigue la del acto legislativo para crear el sistema integral de verdad, justicia, reparación y no repetición, cuyo objetivo es la incorporación en la Constitución de: la jurisdicción especial de paz, la unidad para la investigación y desmantelamiento de las organizaciones criminales, la unidad de búsqueda de personas dadas por desaparecidas y de la Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la no Repetición; así como la aprobación de las leyes para fijar las normas procesales que regirán la Jurisdicción Especial de Paz.

Esta fase legislativa inicial de paz (actos legislativos y leyes) constituye la médula del Acuerdo Final con importancia mayúscula en la preservación de su espíritu y de su concreción en términos reales, dado que como está dispuesto desde el inicio, y según las cláusulas que quedaron incorporadas, las víctimas tienen centralidad en él.

Resulta de vital importancia establecer inmediatamente un mecanismo de participación y consulta que garantice que las víctimas presenten sus propuestas antes de que se dé inicio al trámite en el Congreso de la República, además porque así quedó ratificado en la decisión de la Corte Constitucional, según se desprende del comunicado 52 del 13 de diciembre de 2016, que impone su lectura a través del principio de buena fe y en el que delinea la necesidad de contar con la participación activa de los sectores sociales, con despliegue de la democracia en todos los escenarios en los que se concreten aquellas cláusulas.

En ese sentido es claro que existen dos premisas fundamentales que imponen medidas prontas, efectivas y eficaces para preservar los derechos de las víctimas y con él la satisfacción de los presupuestos de verdad, justicia y restauración de derechos, la primera que, como se indicó con antelación el Acuerdo para la terminación del conflicto armado y la construcción de una paz estable y duradera incorpora los derechos de las víctimas claramente en el texto final, en su página 124, al señalar "Resarcir a las víctimas está en el centro del Acuerdo entre el Gobierno Nacional y las FARC-EP"; y en segundo lugar, que para la realización de los derechos de las víctimas a través de la implementación del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición, es imprescindible la participación de estas en todo el proceso, esto es, tanto en el diseño constitucional y legal del sistema, así como en la ejecución y seguimiento del mismo, tal como se estableció en la declaración de principios acordada para el desarrollo del punto 5 sobre víctimas "La participación de las víctimas: La discusión sobre la satisfacción de los derechos de las víctimas de graves violaciones de derechos humanos e infracciones al Derecho Internacional Humanitario con ocasión del conflicto, requiere necesariamente de la participación de las víctimas, por diferentes medios y en diferentes momentos".

Por demás las garantías para la participación efectiva de las víctimas resultan ineludibles desde el punto de vista ético, porque no es posible la satisfacción de los derechos de estas sin su participación, y resultan indispensables desde el punto de vista político, porque para el logro de la legitimidad del Acuerdo se debe responder a las expectativas de las víctimas y este es el

genuino entendimiento que emerge y que se enmarca en el principio de buena fe previsto en la Constitución Política, pero además expresamente indicado por el Estado al suscribir sus compromisos y atar a él su satisfacción material.

Ahora bien, resulta inobjetable, desde el punto de vista jurídico, que emprender la tarea de ampliar y fortalecer las garantías de participación de las víctimas debe hacerse tal como lo precisa el aparte: **"5.1.3.7. Adecuación y fortalecimiento participativo de la Política de atención y reparación integral a víctimas en el marco del fin del conflicto y contribución a la reparación material de las víctimas.**

El Gobierno Nacional y las FARC-EP acuerdan que en el marco del fin de conflicto es necesario fortalecer la Política de atención y reparación integral a víctimas, adecuarla a las necesidades y oportunidades de este nuevo contexto, y asegurar que contribuya de manera efectiva a la convivencia, la no repetición y la reconciliación.

Para ello el Gobierno Nacional pondrá en marcha ***un proceso efectivo con la más amplia participación posible de las víctimas y sus organizaciones***, promoviendo espacios para la discusión de sus propuestas con las autoridades competentes. Este proceso se realizará en el marco de las instancias de participación de víctimas existentes, que serán ampliadas y fortalecidas para tal efecto, de manera que organizaciones de víctimas y víctimas que no hagan parte de estas instancias, puedan participar en este proceso.

Con objeto de concretar lo anterior, ***se convocará y celebrará un evento de amplia participación con organizaciones de víctimas y víctimas*** incluyendo las que no hacen parte de estas instancias de participación. Se invitará a expertos académicos y organizaciones especializadas y de defensores y defensoras de derechos humanos"

Es claro además que en el Acuerdo Final se establece como principio de la implementación la participación: "La implementación contemplará medidas y mecanismos que permitan que la participación ciudadana incida efectivamente en las decisiones de las autoridades públicas correspondientes y promuevan el diálogo entre los diferentes sectores de la sociedad, la construcción de confianza y la inclusión social" (página 195).

Además en el texto del Acuerdo Final, en el punto 5 sobre víctimas del conflicto armado, son muchísimas las menciones que se hacen a la necesidad de garantizar la participación de estas en los diferentes mecanismos judiciales y extrajudiciales que componen el sistema integral de verdad, justicia, reparación y no repetición, en la medida que parte del principio de reconocimiento de las víctimas como ciudadanos con derechos. Así por ejemplo:

La Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición, tiene entre sus criterios orientadores la centralidad de las víctimas y su participación: **"Centralidad de las víctimas: Los esfuerzos de la Comisión estarán centrados en garantizar la participación de las víctimas del conflicto, asegurar su dignificación y contribuir a la satisfacción de su derecho a la verdad en particular, y en general de sus derechos a la justicia, la reparación integral y las garantías de no repetición, siempre teniendo en cuenta el pluralismo y la equidad. Todo lo anterior debe contribuir además a la transformación de sus condiciones de vida.**

**Participación:** La Comisión pondrá en marcha un **proceso de participación amplia, pluralista y equilibrada en el que se oirán las diferentes voces y visiones**, en primer lugar de las víctimas del conflicto, que lo hayan sido por cualquier circunstancia relacionada con este, tanto individuales como colectivas, y también de quienes participaron de manera directa e indirecta en el mismo, así como de otros actores relevantes”. (página 132).

La Unidad para la búsqueda de personas dadas por desaparecidas en el contexto y en razón del conflicto, es definida como una unidad especial, de alto nivel con carácter excepcional y transitorio, **con fuerte participación de las víctimas**. Y en sus funciones se estableció: “... **Garantizar la participación** de los familiares de las personas dadas por desaparecidas en el contexto y en razón del conflicto armado, en los procesos de búsqueda, identificación, localización y entrega digna de restos”. (página 140)

En los acuerdos sobre la la jurisdicción Especial para la Paz, también se reitera que “En toda actuación del componente de justicia del SIVJRNR, se tomarán en cuenta como ejes centrales los derechos de las víctimas..” y sobretodo se establece que uno de los paradigmas orientadores del componente de justicia será la aplicación de la justicia restaurativa: “...La justicia restaurativa atiende prioritariamente las necesidades y la dignidad de las víctimas y se aplica con un enfoque integral que garantiza la justicia, la verdad y la no repetición de lo ocurrido” (página 144). Y sobre el reglamento de funcionamiento que se deberá adoptar se señala que este debe evitar cualquier victimización y deberá prestar el debido apoyo a las víctimas conforme a lo establecido en los estándares internacionales. Y de manera particular establece que la Sala de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad y determinación de los hechos, tiene como función recibir los informes de las organizaciones de víctimas y de derechos humanos.(página 154).

Como puede apreciarse, la participación de las víctimas está establecida como principio general, y como criterio específico en cada uno de los componentes del sistema integral de verdad, justicia, reparación y no repetición. Ahora bien, este importante reconocimiento debe concretarse de manera clara en las reformas a la Constitución y en la leyes que van a crear el sistema.

Es necesario desde el punto de vista social, jurídico y ético, que sobre este punto se adelante rápidamente, y antes de presentar y tramitar los actos legislativos y las leyes que establecerán el sistema integral de verdad, justicia, reparación y no repetición, una discusión con las víctimas y sus organizaciones acerca del “modelo de participación de las víctimas” que se quiere establecer, definiendo en cada mecanismo el alcance y las garantías.

Este debate cobra especial relevancia cuando se busque establecer el nivel o grado de participación de las víctimas en los procesos que adelanten la jurisdicción especial de paz y es relevante en la medida en que en el Acuerdo Final no se establece el modelo de participación de las víctimas en la jurisdicción especial de paz, tan solo dice que el sistema será adversarial, y esto implica, en principio, que el debate se establezca entre la Fiscalía y la defensa durante la etapa del juicio del proceso penal, lo cual limita la facultad de intervención directa de la víctima, pues la misma Constitución señala que la víctima será un interviniente especial, y no una parte del proceso penal, por tanto es a la fiscalía a quien corresponde velar por la protección de los derechos de las víctimas. La jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre el tema Corte establece que la intervención directa de la víctima durante el juicio oral puede ser limitada por el Legislador (ver por ejemplo sentencia C-260 de 2011 consideración

6.5), lo que implica, que si se opta, como creemos que es consecuente con los principios acordados, por un modelo donde las víctimas sean parte del proceso penal deberá reformarse el numeral 7 del artículo 250 de la Constitución.

Entendemos entonces como fundamental y urgente la participación de las víctimas al menos en los siguientes momentos y espacios:

- 1-En la discusión previa a la formulación del acto legislativo que introduciría el sistema integral de verdad, justicia, reparación y no repetición en la Constitución
- 2-En la discusión previa de las leyes que establecerán los mecanismos del sistema integral de justicia, verdad, reparación y no repetición
- 3-En la ejecución de cada uno de estos mecanismos
- 4-En el seguimiento y veeduría al funcionamiento del sistema

Atendiendo a que lo primero que será presentado al Congreso, será un proyecto de acto legislativo para incorporar la sistema integral de verdad, justicia, reparación y no repetición, sería muy importante que se consideren para dicho proyecto los siguientes criterios:

1-La incorporación explícita del principio de participación de las víctimas en todo el sistema, tal como se definió en el texto del acuerdo: "La participación de las víctimas: La discusión sobre la satisfacción de los derechos de las víctimas de graves violaciones de derechos humanos e infracciones al Derecho Internacional Humanitario con ocasión del conflicto, requiere necesariamente de la participación de las víctimas, por diferentes medios y en diferentes momentos".

2-La definición de la víctima como parte de los procesos que se adelanten en la justicia especial de paz, lo que implica una reforma expresa del numeral 7 del artículo 250 de la Constitución Política.

3-Las garantías materiales y logísticas para la participación de las víctimas en los mecanismos previstos en el sistema integral de verdad, justicia, reparación y no repetición, a cargo del Estado,

Así mismo, tan o más importante será que se habilite la participación de las víctimas en todos estos momentos, y para ello el Estado deberá ajustar y mejorar sustancialmente los mecanismos y las garantías existentes para la participación de las víctimas (como se señala en el punto 5.1.3.7), asunto que se deberá abocar en primer lugar, consultando a las organizaciones de víctimas, de tal forma que en todo el proceso de implementación del Acuerdo Final sea efectiva tal participación.

Esta fase de inicio en la implementación aunque urgente, no puede, en modo alguno, soslayar aspectos medulares del Acuerdo, como el de la participación de las víctimas, no solo porque se afectarían los ulteriores compromisos, sino porque se desoiría a la sociedad en la urgencia y necesidad de una justicia que restaure derechos y que encuentre en la verdad un componente de reconciliación de la sociedad.

**Elaborado por:**

Corporación Viva la Ciudadanía.

**Ponente:**

Jose Luciano Sanín Vasques

Abogado

Asesor de la Estrategia de Lobbyng y presión política de la corporación Viva la Ciudadanía.

C.C. 71.681.340



**GARANTÍAS Y MÍNIMOS  
PARA LA PARTICIPACIÓN  
DE LAS VÍCTIMAS  
EN LA JURISDICCIÓN ESPECIAL  
PARA LA PAZ EN COLOMBIA**

**2**

Papeles para la Incidencia No. 2

**GARANTÍAS Y MÍNIMOS  
PARA LA PARTICIPACIÓN  
DE LAS VÍCTIMAS  
EN LA JURISDICCIÓN ESPECIAL  
PARA LA PAZ EN COLOMBIA**

**2**

Papeles para la Incidencia No. 2

Consultoría para los Derechos Humanos y el Desplazamiento -CODHES  
Programa de Participación y Reparación Colectiva a las Víctimas  
Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional -USAID

**Consultoría para los Derechos Humanos y el Desplazamiento – CODHES**  
Programa de Participación y Reparación Colectiva a las Víctimas en Colombia

Papeles para la Incidencia No. 2

Marco Romero Silva  
**Director**

Jorge Durán  
**Director del Programa**

Este documento fue elaborado colectivamente con los aportes de:

Fernando Vargas Valencia  
**Asesor de incidencia jurídica de la Dirección**  
**Compilador del Documento**

Helmer Eduardo Quiñones  
**Investigador CODHES**  
**Asuntos Étnicos**

María Angélica Gómez  
**Investigadora CODHES**  
**Enfoque de Género**

Camila Espitia Fonseca  
**Investigadora CODHES**  
**Migraciones Forzadas y Refugio**

Julio Soler Barón  
**Coordinador Componente de Participación**  
**Programa de Participación y Reparación Colectiva**

**Diagramación**  
Reves Diseño Ltda. | [contacto@revesdiseno.com](mailto:contacto@revesdiseno.com)

Impreso en Colombia

@Consultoría para los Derechos Humanos y el Desplazamiento – CODHES

Enero de 2017

Esta publicación es posible gracias al generoso apoyo del pueblo estadounidense a través de la Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional (USAID). Los contenidos son responsabilidad de CODHES y no reflejan necesariamente las opiniones de USAID o del Gobierno de los Estados Unidos.

# CONTENIDO

- 5** INTRODUCCIÓN: EL ACUERDO FINAL DE PAZ ENTRE EL GOBIERNO NACIONAL Y LAS FARC-EP Y LAS GARANTÍAS JUDICIALES PARA LAS VÍCTIMAS
- 9** 1. GARANTÍAS SUSTANCIALES O DE ACCESO
- 17** 2. GARANTÍAS PROCESALES O DE PARTICIPACIÓN EFECTIVA EN EL PROCESO PENAL
- 21** 3. GARANTÍAS PROBATORIAS
- 27** Anexo. GARANTÍAS PARA LA VERDAD, LA JUSTICIA Y LA REPARACIÓN DE LAS VÍCTIMAS EN LA JEP

# INTRODUCCIÓN: EL ACUERDO FINAL DE PAZ ENTRE EL GOBIERNO NACIONAL Y LAS FARC-EP Y LAS GARANTÍAS JUDICIALES PARA LAS VÍCTIMAS

El presente documento recoge un conjunto de propuestas que la Consultoría para los Derechos Humanos y el Desplazamiento –CODHES pone a consideración del señor Secretario Ejecutivo de la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP), el Ministerio de Justicia y el Congreso de la República, con el objetivo de señalar los mínimos de garantía que dicha jurisdicción está llamada a contemplar para el goce efectivo de los derechos fundamentales de las víctimas. El documento refleja el trabajo de incidencia que CODHES ha desarrollado en la materia desde hace varios años con especial énfasis en el enfoque de género, las víctimas pertenecientes a pueblos étnicamente diferenciados y las víctimas en el exterior<sup>1</sup>.

De conformidad con el propio Acuerdo de Paz suscrito en 2016 entre el Gobierno nacional y las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC-EP), son objetivos de la JEP, entre otros, satisfacer el derecho de las víctimas a la justicia, ofrecer verdad a la sociedad colombiana, contribuir a la reparación de las víctimas y contribuir a luchar contra la impunidad. Dentro de sus principios rectores se destacan en dicho marco:

- (1) La *centralidad de las víctimas* y de sus derechos a la verdad, la justicia, la reparación y la no repetición (VJR);
- (2) la *condicionalidad* del tratamiento especial previsto en ella a que se contribuya a la satisfacción de dichos derechos;
- (3) la *integralidad* en el sentido de su coherencia con los demás órganos del Sistema Integral de VJR lo que se debe traducir en garantizar una contribución efectiva y articulada a las medidas de satisfacción de los derechos de las víctimas;
- (4) el *debido proceso*;
- (5) el *enfoque diferencial y de género*, en el sentido que la JEP deberá tener en cuenta las distintas consecuencias e impactos desproporcionales de las violaciones en relación con sujetos de especial protección y sus órganos deberán conformarse con criterios de equidad de género y respeto a la diversidad étnica, religiosa y cultural.

<sup>1</sup> Este documento, de elaboración colectiva, fue compilado por Fernando Vargas Valencia. Se agradece en especial el compromiso en su elaboración por parte de Helmer Eduardo Quiñonez, experto en asuntos étnicos, María Angélica Gómez, experta en enfoque de género, Camila Espitia Fonseca, experta en migraciones forzadas y refugio, y Julio Soler Barón, experto en participación. Bogotá, Diciembre de 2016 – Enero de 2017.

En el contexto de implementación del Acuerdo de Paz, y específicamente en relación con la JEP, el Estado colombiano se encuentra obligado a la luz de las fuentes de derecho internacional, a adoptar procedimientos legislativos y administrativos apropiados y eficaces y otras medidas apropiadas que den un acceso equitativo, efectivo y rápido a la justicia a las víctimas; a disponer para ellas recursos suficientes, eficaces, rápidos y apropiados; y a asegurar que el derecho interno proporcione como mínimo el mismo grado de protección a las víctimas que el que imponen sus obligaciones internacionales.

En reconocimiento del impacto desproporcionado que el conflicto armado ha tenido sobre los pueblos étnicos, el Estado colombiano debe aplicar un enfoque étnico-racial sensible a las afectaciones diferenciales que permita reconocer el contexto histórico-social en el que se presentaron sus afectaciones, incluidos los riesgos y daños específicos identificados por la Corte Constitucional en los Autos 005 (afrodescendientes) y 004 (indígenas) de 2009 (Sentencia T-025 de 2004) y aquellos derechos y garantías incluidas en los Decretos Ley 4633 (indígenas) y 4635 (afrodescendientes) de 2011. La aplicación integral del Capítulo Étnico contemplado en el Acuerdo Final (punto 6.2) hace parte de las salvaguardas y garantías aplicables en la materia.

De otra parte, dentro de la JEP uno de los delitos que no tendrá amnistía es el de violencia sexual, y como lo han pedido las organizaciones de mujeres durante el proceso de negociación, debe ser un delito que tenga un tratamiento diferencial en el contexto de justicia transicional. Según el Registro Único de Víctimas a diciembre de 2016 existen registradas 17.579 víctimas de delitos contra la libertad e integridad sexual que deberían ser parte inicial y prioritaria de la JEP, y que además la gran mayoría de estas víctimas también lo son de desplazamiento forzado.

Una de las principales preocupaciones parte de la altísima impunidad en los casos emblemáticos de los Anexos Reservados de los Autos 092, 098 y 009 que la Corte Constitucional le entregó en 2008, 2013 y 2015 respectivamente a la Fiscalía General de Nación para avanzar en la investigación y sanción judicial, y que en un porcentaje importante corresponde a casos de mujeres afrodescendientes, indígenas y niñas.

En el VI Informe de la Mesa de Seguimiento a los Anexos Reservados “se pudo establecer que los 627 casos reportados por la Corte en los anexos de los autos 092 y 009 indican la ocurrencia de 634 eventos de violencia sexual o de género que afectaron a por lo menos 768 víctimas” (IV Informe de la Mesa de Seguimiento; 2016, 13) de los cuales “únicamente se han resuelto con sentencia condenatoria por crímenes sexuales un total de 14 casos (6 contra civiles y 8 contra actores armados), es decir, el 2,2% de la totalidad de los 634 hechos y el 7,8% de los 178 eventos del Auto 092” (IV Informe de la Mesa de Seguimiento; 2016, 14)

Es preciso recordar que el Auto de Seguimiento 009 de 2015 la Corte Constitucional señaló “la inobservancia del deber de actuar con la debida diligencia para la investigación de la violencia sexual asociada al conflicto armado perpetúa la vulneración de los derechos de las víctimas, en tanto la inacción o actuación deficiente en esta materia envía un mensaje de tolerancia de la violencia contra la mujer y refuerza los patrones de discriminación. Por ello, la garantía de justicia es en sí misma una estrategia de prevención de la violencia de género y de la violencia sexual en particular, la cual sigue siendo desconocida por parte del Estado en estos casos”.

A la luz de las anteriores circunstancias, la JEP debe contar con un equipo específico sobre el tema de género y derechos de las mujeres que pueda ayudar a revisar enfoques de investigación, metodologías de trabajo diferenciadas, y un acompañamiento en las decisiones que se tomen para garantizar que las medidas adoptadas tengan un claro reconocimiento de los impactos diferenciados para las mujeres en todos sus ciclos vitales, y de las discriminaciones históricas sumadas a las consecuencias del conflicto armado que marginalizaron los proyectos de vida de miles de vidas en el país.

Finalmente, partiendo del principio de centralidad de las víctimas en el Acuerdo de paz entre el Gobierno y las Farc-EP y específicamente en la JEP, es imprescindible preguntarse por las garantías de participación de las víctimas en el exterior para la implementación de los procesos, instrumentos y políticas encaminadas a garantizar sus derechos a la verdad, la justicia y la reparación.

La comprensión de quiénes son las víctimas en el exterior es un reto aún por resolver, (especialmente para la reforma de la Ley de Víctimas). Sin embargo, en la Ley 1448 de 2011 de Atención y Reparación a víctimas del año 2011 se hace un reconocimiento expreso de las víctimas que se encuentran en el exterior. Más allá de las limitaciones de la Ley 1448, los vacíos en la legislación y la jurisprudencia sobre este asunto, las víctimas en el exterior son titulares de unos derechos que no deben ser limitados por cuestiones de espacialidad.

Al hablar de víctimas en el exterior se hace referencia a: i) gran parte de las 550.000 personas de nacionalidad colombiana que han sido refugiados o solicitantes del estatuto de refugiado (ya que no todas, pero si la mayoría, son víctimas del conflicto); ii) las víctimas del desplazamiento transnacional o transfronterizo que no cuentan con protección internacional y; iii) la población víctima del conflicto, que por razones personales salieron del país, pero que, según la Ley 1448 y sus decretos reglamentarios, tienen derecho a acceder a una reparación integral, individual y colectiva, aun estando fuera del territorio nacional.

Así las cosas, para la implementación del Acuerdo de paz y particularmente de la JEP, Colombia debe partir de los convenios y tratados internacionales suscritos y ratificados, así como de los instrumentos políticos adoptados en relación con los derechos de la población refugiada, entre ellos: la *Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951*, el *Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados (1967)*, la *Declaración de Cartagena sobre los Refugiados de 1984*, la *Declaración y Plan de Acción de Brasil (2014)*, entre otros.

Los espacios formales de participación ciudadana de la población exiliada y refugiada han sido históricamente limitados, especialmente porque los consulados no son precisamente el lugar al que todas las víctimas en el exterior pueden acceder, ya sea por distancia o desconfianza institucional. Si se examinan los desarrollos de la Ley 1448 de 2011 en esta materia, es evidente que la población víctima en el exterior no cuenta con un mecanismo de participación idóneo, no tiene delegados en la Mesa Nacional de Víctimas<sup>2</sup> y por lo tanto, la participación en relación a los derechos a la verdad, la justicia y la reparación es inasequible hasta ahora.

---

2 Según reciente resolución de la UARIV, esto cambiará en el año 2017.

# I. GARANTÍAS SUSTANCIALES O DE ACCESO

## • Publicidad suficiente de los mecanismos de justicia

Una de las garantías mínimas para el acceso a la justicia por parte de las víctimas es que la JEP y el sistema de Verdad, Justicia y Reparación (VJR) en que ésta se inserta, cuenten con una estrategia eficiente y amplia de publicidad acompañada de una pedagogía eficiente que convoque el interés de las víctimas en la participación dentro de los procesos judiciales.

En este caso, la publicidad debe incluir un esquema de acercamiento de los órganos de la JEP a las regiones y contextos en que se encuentran las víctimas, los que por lo demás eventualmente pueden coincidir con aquellos en los que la justicia convencional no ha tenido lugar o eficacia, lo que implicaría que la presencia de la JEP contribuiría a reconstruir la confianza en el Estado que las víctimas y otros sectores poblacionales habrían perdido por su ausencia, por falta de justicia o con ocasión del conflicto mismo.

Esta garantía incluye una clara apreciación del papel que deben desempeñar las víctimas en los procesos de investigación y enjuiciamiento,

garantizando su participación genuina en las etapas de los procedimientos en las que se aseguren sus derechos y respecto de las decisiones más trascendentales que se tomen en el marco de la JEP, al igual que de los testigos, así como la definición y comprensión clara de los crímenes sujetos a enjuiciamiento, al igual que de la forma en que deben ser investigados y enjuiciados.

De conformidad con el derecho internacional, el Estado colombiano tiene la obligación de suministrar a las víctimas, de manera adecuada a sus circunstancias socioeconómicas y culturales, medios de información completa y detallada sobre los mecanismos y procesos de la JEP, y de manera especial a las víctimas individuales y colectivas pertenecientes a pueblos étnicos. Esta obligación comprende el deber del Estado de presentar de la manera más sencilla y culturalmente pertinente información sobre sus derechos y sobre los recursos para hacerlos efectivo, al igual que de todos los servicios jurídicos y de otra índole a los que puedan tener derecho.

En este orden de ideas, debe garantizarse un mecanismo que divulgue y promueva los mecanismos de justicia ampliamente en municipios y distritos, que permita orientar y acceder a la información, con observancia del enfoque diferencial, pues ello permitirá que las víctimas puedan identificar los momentos, mecanismos y acciones concretas que materialicen sus derechos, de acuerdo los factores diferenciales. Teniendo en cuenta que existe un grupo significativo de víctimas ubicadas en zonas rurales, se deberá acudir entre otros a medios como radios comunitarias, canales de televisión comunitarias, regionales, además de los nacionales. Ese mecanismo debe incluir estrategias de información a las Mesas de Participación de Víctimas en todos los niveles territoriales. Los funcionarios y funcionarias públicas en general deberán contar con información clara y suficiente para orientar a las víctimas, obligación que no se debe restringir sólo a quienes hacen parte de la rama judicial o que tienen a cargo la atención a víctimas del conflicto armado.

Teniendo en cuenta la necesidad de transparencia y confiabilidad en estos procesos particulares de administración y justicia, debe garantizarse el máximo nivel de participación de la sociedad en la selección de los magistrados que harán parte de estos organismos evitando la intervención de factores ajenos a los propósitos de la justicia. Para este efecto será indispensable que esté al alcance de la sociedad civil de una manera fluida y clara toda la información relacionada con las calidades de los candidatos, utilizando todos los medios convencionales de divulgación. Esta disponibilidad de la información no solamente debe tener como objetivo el que la gente pueda informarse, sino que debe permitirle, mediante mecanismos también sencillos y publicitados, intervenir por medio de opiniones, críticas y sugerencias en la designación de los magistrados. Previamente a la designación final de los magistrados, deberá hacerse pública también la evaluación que servirá de base para la decisión.

También resulta necesario hacer pedagogía sobre el Acuerdo de paz en general para las víctimas en general y para las víctimas en el exterior, en particular. En este caso, de los mecanismos de justicia, a través de diversos mecanismos de comunicación como consulados, medios virtuales, organizaciones de víctimas en el exterior, plataformas internacionales, organizaciones acompañantes que trabajan con refugiados, medios comunitarios en países fronterizos, entre otros. También se hace necesario identificar alternativas para la comunicación e intercambio de información con víctima en el exterior de carácter formal, diferentes a los consulados. Lo anterior por cuanto parte de la población exiliada y refugiada ha sido víctima de agentes de Estado, y por ende desconfía de las instituciones y teme la continuidad de la persecución en los países de acogida. Adicionalmente, algunos refugiados temen perder la protección internacional al acercarse a los consulados.

## • Reconocimiento de víctimas a partir de los registros y bases de datos existentes

---

Colombia ha presentado avances significativos respecto de la información consignada en registros administrativos de víctimas como recientemente lo ha reconocido la propia Corte Constitucional en el marco del seguimiento a la sentencia T-025 de 2004. Se precisa que dichos avances sean útiles al goce efectivo del derecho de acceso a la justicia mediante el despliegue de un mecanismo de oferta que inicie con la inclusión de las víctimas registradas en los primeros avances de implementación de la JEP.

Dicho de otra manera, los registros administrativos, previa garantía de la interrelación entre las distintas bases de datos (Justicia y Paz, Unidad de Derechos Humanos de la Fiscalía, víctimas atendidas por la Defensoría del Pueblo, Registro Único de Víctimas, etc.), podrían constituir la línea de base para determinar los costos de las garantías de participación de las víctimas en la instalación de los órganos de la JEP y para desplegar las primeras estrategias de divulgación. De manera adicional, la inclusión de una persona en uno o varios registros, debería ser considerado por los órganos de la JEP como una prueba de la condición de víctima para efectos del reconocimiento como sujeto procesal y de derechos de la persona perjudicada por los hechos objeto de investigación.

Por su parte, las víctimas de los pueblos étnicos, sus familiares y sus representantes tienen derecho a solicitar y obtener información detallada y completa sobre las causas de su victimización y sobre las causas y condiciones de las violaciones de sus derechos humanos y el DIH. En los casos de violencia sexual, es importante avanzar frente al registro histórico de denuncia con las que cuenta la Fiscalía General de la Nación en un período amplio, que en muchos casos por las dificultades de investigación han sido archivados y no se ha dado ningún avance al respecto. En virtud de ello, se deberá trabajar en el diseño de metodologías y herramientas adecuadas para la sistematización, documentación, seguimiento y monitoreo de los casos de Violencia Basada en Género, en especial Violencia sexual.

También es importante identificar y reconocer las víctimas en el exterior a partir de diversas bases de datos y no únicamente a través del Registro Único de Víctimas-RUV-. El RUV reconoce cerca de 10.000 Víctimas en el exterior, sin embargo, estas cifras son tan solo el 2% de la población de nacionalidad colombiana que ha estado en condición o situación de refugio. En este contexto, reconocer como víctimas a aquella población a la que se le ha reconocido el estatus de refugiado a causa del conflicto interno es un imperativo para la JEP.

- **Acompañamiento y asistencia institucional a las víctimas que participan en la JEP**

La situación de vulnerabilidad que pueden presentar ciertas víctimas obliga al Estado a garantizar la institucionalización de mecanismos de asistencia y acompañamiento encaminados a que la participación dentro del proceso penal no se convierta en una carga onerosa sino en la realización de un derecho. Dicho acompañamiento y asistencia se traducen, entre otros, en la designación de apoderados judiciales o en la introducción de la representación de los intereses de las víctimas dentro de la JEP en cabeza de uno de sus órganos, por ejemplo, la Unidad de Investigación y Acusación (incluso en aquellos casos en que ésta no intervenga directamente). Este acompañamiento debe ser tanto jurídico como psico-social.

Para garantizar la participación de los pueblos étnicos en la puesta en marcha de la JEP, en especial de las víctimas, deberá definirse en consulta con sus instancias representativas una estrategia integral que permita garantizar el derecho de las víctimas a participar en los mecanismos judiciales en todas las fases de las actuaciones.

El Estado colombiano está en la obligación de facilitar asistencia apropiada y étnicamente pertinente para que las víctimas de los pueblos étnicos puedan acceder a la justicia, de manera individual y colectiva. Esta asistencia debe garantizar que los grupos de especial protección como las mujeres, los adultos mayores, los niños, niñas y adolescentes - NNA (en especial los y las huérfanas), puedan acceder a todas las fases de la justicia, incluida la aplicación de sentencias y los procesos de reparación.

Para las víctimas de violencia sexual es importante que se realice una identificación previa de las personas que van a entrar al mecanismo. Se debería realizar un primer proceso de acompañamiento institucional desde la perspectiva psicosocial que permita abordar los hechos, las circunstancias desde una mirada terapéutica, y que explique detalladamente los procedimientos, tiempos y aclare expectativas antes de realizar la respectiva denuncia judicial. Igualmente, se deberá diseñar acciones que identifiquen necesidades prioritarias de las víctimas (salud, atención humanitaria, entre otras), para generar la activación de mecanismos de respuesta que les permitan acceder a la garantía mínima de estos derechos, facilitando así su participación real y efectiva en el proceso judicial.

Por otro lado, organismos internacionales como el Alto Comisionado para los Refugiados pueden jugar un papel central en la difusión de la información y en el acompañamiento de las víctimas en el exterior que participen en la JEP. Igualmente, organizaciones acompañantes de población refugiada en la región y en otros continentes pueden ser aliados que faciliten los procesos. Finalmente, la participación en los mecanismos de justicia, y eventualmente los retornos temporales para acceder a estos mecanismos, debe realizarse con el acompañamiento de instituciones estatales, como la Defensoría del Pueblo, el Ministerio del Interior o la Unidad para las Víctimas, de manera que se garanticen la seguridad integral y la no repetición de los hechos ocurridos en el marco del conflicto.

El Estado debe ser responsable de la integridad de las víctimas dentro del territorio nacional y prevenir la persecución en otros países, especialmente en los países fronterizos. Adicionalmente, estar fuera del territorio nacional no puede ser un argumento que limite el acceso a la justicia de las víctimas en el exterior. Para la implementación del Acuerdo de paz, el Estado no puede basarse en las dificultades dadas por espacialidad para no garantizar el acceso a la justicia y con ello caer en un tratamiento discriminatorio hacia las víctimas en el exterior.

Esta garantía se traduce también en el cubrimiento de *gastos judiciales* para las víctimas. Debido a sus condiciones de exclusión estructural y pobreza, el Estado colombiano debe garantizar mecanismos adecuados y de fácil acceso para el cubrimiento de los gastos derivados de los procesos judiciales en los que intervengan las víctimas, especialmente aquellas que carecen de recursos para ello, las mujeres, las que pertenecen a pueblos étnicos, sus familiares o representantes, o las que se encuentran en el exterior. Esta medida debe incluir los gastos de desplazamiento, alojamiento, alimentación y demás que garanticen una participación efectiva en las instancias o fases de los procesos judiciales. Igualmente, en el caso de las víctimas en el exterior, dentro del cubrimiento de gastos fiscales para su participación en la JEP, será necesario incluir el traslado temporal de víctimas desde el exterior en casos especiales.

En concordancia con estas barreras de tipo económico que impiden que ciertos grupos especialmente vulnerables accedan a los mecanismos de justicia, es preciso que en el caso de las víctimas de desplazamiento forzado, se aplique una presunción de vulnerabilidad socioeconómica que facilite la provisión de recursos por parte del Estado, para que puedan acceder de manera efectiva a los procedimientos y diligencias que implican el desarrollo del proceso judicial. Tal presunción deberá dar especial observancia a las mujeres desplazadas cabeza de hogar, desplazadas víctimas de violencia sexual, mujeres con diagnósticos complejos, personas en condición de discapacidad y personas de la tercera edad.

- **Aplicación de medidas diferenciales para minimizar inconvenientes de acceso a la justicia**

La introducción de medidas diferenciales es un imperativo para todo mecanismo complejo de justicia en tanto con ello se cumple un doble propósito: por un lado, se reconocen acciones afirmativas encaminadas a garantizar un equilibrio entre las víctimas y otros sujetos procesales u órganos que participan en la JEP, lo que garantizaría que en lo referente a la lucha por sus derechos dicho escenario no se convierta para las víctimas en un diferendo sino en un litigio al que accederían en igualdad de condiciones, es decir con garantías que eviten cualquier asimetría o ejercicio de la posición dominante por parte de cualquier actor que intervenga en la investigación y sanción de los delitos de competencia de la JEP.

Por otro lado, se contribuye a satisfacer la obligación internacional del Estado de evitar cualquier trato discriminatorio que se traduzca en un obstáculo de acceso a los derechos de las víctimas en razón de su raza, pertenencia étnica, género, condiciones socio-económicas, edad u otra condición proscrita por el derecho internacional como fuente de tratos segregacionistas.

De esta manera, además del acceso individual a la justicia, el Estado colombiano debe garantizar procedimientos para que los pueblos étnicos, sus comunidades e instituciones representativas, puedan acceder colectivamente a la justicia, entre otras estableciendo mecanismos para que puedan presentar demandas de reparación y garantizar la obtención de la verdad judicial y la rendición de cuenta de los responsables de las violaciones a sus derechos. Así, por ejemplo, debido a la violencia o por su historia y características territoriales los pueblos étnicos habitan zonas fronterizas o están involuntariamente divididos por fronteras

internacionales, y por lo tanto la JEP deberá garantizar el acceso efectivo a la justicia de estos pueblos, en especial para las víctimas individuales y colectivas, incluidas las medidas de derecho y reconocimiento extraterritorial necesarias para el reconocimiento de las víctimas que están fuera de la jurisdicción del Estado colombiano y que hacen parte de estos grupos. Bajo estas premisas, el Estado colombiano cooperará con estos pueblos y con los Estados involucrados para hacer efectivos los derechos de las víctimas étnicas en el exterior a la justicia, la verdad y la reparación, incluidas las garantías de no repetición.

Por su parte, uno de los primeros cuellos de botella para el acceso a la justicia por parte de las víctimas de violencia sexual tiene que ver la desconfianza ante las instituciones del Estado, persistencia de patrones o conductas discriminatorias, re-victimización, inobservancia del enfoque diferencial, inexistencia de medidas adecuadas y eficaces de protección, inobservancia del principio de buena fe, violencia institucional por culpabilización hacia la víctima, la vergüenza, la debilidad del actuar de instancias judiciales en la materia, los estereotipos de género, el desconocimiento de rutas y procedimientos y la persistencia de otros actores armados en las zonas que son los presuntos victimarios. La JEP deberá nutrirse de una clara estrategia de comunicación de procesos, expectativas y rutas que las víctimas pueden encontrar, así como de acciones conjuntas que garanticen el dismantelamiento de otras estructuras armadas en el país que generan riesgo a las víctimas para acercarse a denunciar.

## • Seguridad, prevención y protección especial a víctimas y testigos

---

Dada su manifiesta vulnerabilidad, el Estado colombiano está en la obligación de adoptar medidas diferenciales y culturalmente pertinentes para proteger la intimidad de las víctimas, protegerlas a ellas y sus representantes de actos de intimidación y represalia, así como a sus familiares y testigos, antes, durante y después del procedimiento judicial, administrativo o de otro tipo.

Es de vital importancia que el Sistema ordinario de Justicia ordinario y la JEP en su conjunto puedan crear canales seguros para la toma de la denuncia, en especial si se habilitan espacios colectivos o masivos, ya que hacen más visibles la participación de las víctimas. En el caso de las de violencia sexual se deben garantizar procesos psico-sociales previos a la denuncia para causar un menor impacto psicológico a la persona, garantizando la escucha apropiada y adecuada orientación, puesto que no haberla preparado previamente puede generar revictimizaciones o reactivar efectos post-traumáticos que no han sido atendidos.

En casos en los cuales las mujeres sean denunciadas debe garantizarse una oferta institucional de protección que debe cobijarlas a ellas y a sus hijos e hijas, ya que la mayoría de medidas no lo hace a pesar que este tipo de medidas son parte esencial para garantizar el cuidado de la vida misma. Adicionalmente, en el caso de las mujeres líderes se requieren medidas adicionales, que deriven en redoblar esfuerzos dirigidos a adelantar investigaciones sobre las amenazas y riesgos a que están expuestas, basadas en la debida diligencia, pues su condición las expone a mayores riesgos de género y de seguridad.

Por su parte, la participación en los mecanismos de justicia no debe poner en riesgo la protección internacional de la población colombiana en el exterior. Se deben realizar comunicaciones formales y acuerdos especiales con los países de acogida que permitan la efectiva participación, sin que ello se interprete como el restablecimiento de las condiciones de seguridad en Colombia ni la protección del Estado colombiano, es decir, que acceder a la justicia no sea por ningún motivo causal de cesación de la condición de refugiado.

## 2. GARANTÍAS PROCESALES O DE PARTICIPACIÓN EFECTIVA EN EL PROCESO PENAL

- **Garantías para la participación de las víctimas en Audiencias públicas y en las demás actuaciones o fases judiciales**

La participación de las víctimas en las Audiencias públicas es fundamental para validar en forma completa los procesos. Para una efectiva participación de las víctimas es necesario garantizar la seguridad física inmediata y futura de ellas teniendo en cuenta posibles procesos de repetición por la persistencia de actores armados asociados a los procesos que se consideren.

En los casos en que las víctimas pertenezcan a grupos o pueblos étnicos, las garantías antes señaladas deberán contemplar recursos que faciliten la participación efectiva en los procesos judiciales, incluidas las iniciativas de investigación, en los casos en que aplique. Como se ha dicho, estas garantías deberán contemplar gastos de desplazamiento, alojamiento y alimentación, al igual que los gastos relativos a las traducciones de los documentos, traductores a sus lenguajes y otras medidas apropiadas para garantizar su acceso efectivo a los procesos de enjuiciamiento,

en los términos establecidos en los artículos 32 de Decreto Ley 4633 y 35 del Decreto Ley 4635 y demás normativa aplicable.

Cuando se trata de mujeres víctimas de violencia sexual es importante evitar posibles procesos de re-victimización en el ámbito público de la audiencia. Facilitar su participación mediante asesorías acordes con el nivel cultural, su estado emocional y habilidades comunicativas por parte de las víctimas. En los casos en los que la comunicación verbal directa se dificulte por cualquier circunstancia deberán facilitarse declaraciones escritas construidas a partir de encuentros directos y privados en los que las víctimas puedan manifestar con menor tensión y confianza su situación. Del mismo modo, su participación deberá contar con acompañamiento psicosocial, mediante profesionales cualificados en materia de Violencia Sexual.

En el caso de las víctimas en el exterior, se puede acudir a organismos internacionales para que faciliten los procedimientos requeridos. En algunos casos, se podrá acudir a las funciones notariales de los consulados, igualmente, se pueden

utilizar herramientas virtuales. Para garantizar la participación de las víctimas en el exterior en las audiencias éstas podrían realizarse a través de herramientas virtuales de transmisión e intervención directa y presencial en casos especiales.

## • Medidas especiales para garantizar el debido proceso de las víctimas

La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que el debido proceso es un conjunto de garantías que se extiende con dimensiones de protección reforzada a las personas perjudicadas por violaciones a derechos humanos, en el sentido que es obligación del Estado colombiano garantizar un recurso efectivo para la investigación y sanción de las violaciones y la obtención de la reparación de los daños en un plazo razonable. En este sentido, la JEP debe garantizar no solamente el *debido proceso* a los responsables de las violaciones que se sometan a sus procedimientos, sino también a las víctimas, como derecho fundamental que les asiste a éstas de contar con reglas sustanciales y procedimentales encaminadas a protegerlas y a defender o preservar el valor material de la justicia, a la luz de la jurisprudencia de la Corte Constitucional<sup>3</sup>.

En este contexto, la JEP deberá establecer mecanismos para que las víctimas de los pueblos étnicos, sus familiares y representantes sean oídas y puedan participar en todas las instancias en los procesos judiciales. Estos mecanismos deben garantizar tiempo y medios adecuados para su participación y otras medidas pertinentes para el intercambio de información.

Al respecto de las investigaciones judiciales sobre violencia sexual, hasta la fecha, la Fiscalía General de la Nación ha venido desarrollando una estrategia diferenciada según el presunto agresor, es decir, cuenta con herramientas, metodologías, acceso a información y avances en la investigación de manera desigual según quien ha sido el perpetrador. Si bien seguramente en materia metodológica se requieren ajustes respecto de cada grupo armado, o la zona del país por tipos de patrones, es imperante que la JEP asuma de manera igualitaria, y con el mismo impulso, la investigación de todos los casos de su conocimiento. El tipo de estrategias diferenciadas genera trato discriminatorio, y dilata los tiempos de respuesta de justicia al que tienen derecho las víctimas, y a quienes en ningún momento se les explica las demoras judiciales.

Es de vital importancia que en el proceso se pueda tomar en cuenta los “patrones fácticos de la violencia sexual” que ya ha señalado la Corte Constitucional en el Auto 092 de seguimiento a la Sentencia T’025 de 2004, y complementar los delitos albergados en la Ley 1719 de 2014, para comprender el amplio abanico de agresiones físicas, emocionales y psicológicas que padecen las víctimas de violencia sexual en el marco del conflicto armado. Además de tener en cuenta la presunción constitucional de conexidad consistente en que se presume que “ un acto de violencia sexual cuenta con una relación cercana y suficiente con el conflicto armado y la violencia generalizada, si ha ocurrido en una región o localidad en la que

<sup>3</sup> Según la Corte Constitucional, las garantías mínimas que integran el debido proceso son: el derecho al juez natural, el derecho a ser juzgado con la plenitud de las formas propias de cada juicio, el derecho a la defensa (que tiene como presupuesto indispensable la publicidad del proceso), el derecho a obtener decisiones ceñidas exclusivamente al ordenamiento jurídico y el derecho a que las decisiones se adopten en un término razonable, sin dilaciones injustificadas (Cfr. Sentencia T-440 de 2013).

hacen presencia actores armados, cualquiera que sea su denominación o modus operandi". Para que se configure la presunción "basta que se presenten dos elementos objetivos: (i) la ocurrencia de una agresión sexual, y (ii) la presencia de actores armados".

Es importante recalcar que debe existir un mecanismo especial que garantice los derechos de niñas y niños en el proceso, así como en el caso donde la víctima era mayor de edad pero la violencia sexual se produjo cuando se era menor de edad. Esto implica un reconocimiento de los impactos diferenciados por ciclo vital, y de las medidas de reparación restaurativa que esperarían las víctimas en su vida adulta.

## • Representación judicial de las víctimas

---

El Estado colombiano debe garantizar los medios y mecanismos para que las víctimas, especialmente aquellas consideradas como sujetos de especial protección jurídica, como son las pertenecientes a los pueblos étnicos, las mujeres o los NNA, individual o colectivamente consideradas, accedan al derecho a la representación judicial. Esta representación debe ser sensible a sus particularidades territoriales y culturales, y por tanto debe contemplar recursos humanos y financieros pertinentes.

En el caso de las víctimas pertenecientes a pueblos étnicos, esta exigencia se traduce en especial en lo relativo a traducciones y traductores y otros medios para garantizar que los representantes de las víctimas comprendan y se hagan comprender en todas las instancias del proceso judicial. De manera particular para las víctimas en el exterior, respecto de quienes los costos de transporte son altos y en algunos casos la población no puede regresar al país porque corre el riesgo de perder el estatus de refugio, se debe facilitar su representación judicial de las víctimas y un mecanismo de flexibilización de notificaciones y mecanismos de apelación. Las organizaciones acompañantes de población refugiada en el exterior ya están apoyando a las víctimas para la realización de recursos de apelación en la política de reparación a víctimas y podrían ayudar también en procesos para el acceso a la justicia dentro de la JEP.

## • Sistema flexible de notificaciones y mecanismos de apelación en casos étnicos

Las notificaciones deben contar con un enfoque étnico, y en los casos en que aplique, deberán realizarse en los lenguajes de los pueblos étnicos involucrados. Dado el aislamiento o falta de conectividad de algunas comunidades étnicas, deben garantizarse los recursos y medios adecuados para garantizar que las notificaciones lleguen de forma efectiva y oportuna a sus titulares.

Los tiempos de apelación deben garantizar que las víctimas de los grupos étnicos puedan acceder de forma efectiva a estos mecanismos, entre otras valorando su situación territorial y las particularidades culturales necesarias para la comprensión de los fallos y los medios y métodos de apelación.

## • Enfoque diferencial, étnico y racial, y de género

La política pública respecto a víctimas tiene como principio consagrado el enfoque diferencial y de género a lo largo de toda su normativa y como parte de un largo proceso de reconocimiento jurisprudencial previo. Sin embargo, ha sido uno de los retos de diseño e implementación más precario y dilatado por la administración pública en todos los niveles. Es un real reto que en conjunto el Sistema de VJR en el que se inserta la JEP pueda versar sobre garantías de manera específica para materializar un acceso a la justicia, a la verdad, a que las medidas de reparación judiciales y administrativas puedan responder a la realidad contextual de la víctimas y en particular a las medidas que puedan garantizar la no repetición de los hechos.

Por su parte, la necesidad de que la JEP identifique los patrones étnico-raciales que subyacen a las formas de victimización de los pueblos étnicos presupone la incorporación de un enfoque étnico-racial en todas las fases del proceso judicial, entre otras incorporando la legislación internacional aplicable para la prevención de la discriminación, en especial el Convenio Internacional para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación de la Mujer, el Convenio 169 de la OIT y demás normativa aplicable.

Finalmente, a propósito de las garantías para la lucha contra la impunidad y no re-victimización dentro de la JEP se debe partir de los múltiples perfiles de la población refugiada y por tanto, se requiere contemplar mecanismos incluyentes y alternativos para su participación en el esclarecimiento judicial de las violaciones y acceso a medidas proporcionales de justicia<sup>4</sup>. No toda la población exiliada y refugiada son exiliados políticos ni tienen altos niveles de educación que facilite acceder a procesos complejos. El 91% de la población refugiada reside en los países fronterizos y una gran parte proviene de departamentos de frontera, con significativa presencia de población afrodescendiente e indígena. En ese sentido, el enfoque diferencial es central.

<sup>4</sup> Los perfiles de la población colombiana víctima del conflicto armado, que reside en el exterior son múltiples: i) se pueden identificar siguiendo el estatus migratorio y/o tipo de protección internacional; ii) según el perfil socioeconómico; iii) según la postura política e ideológica; iv) según el grupo poblacional al que pertenecen (indígenas, afrodescendientes, mujeres, población LGBTI...); v) según la colectividad a la que pertenecían en Colombia (periodistas, sindicalistas, políticos, académicos...) y; vi) el lugar que desempeñaban en la sociedad antes de ser exiliados (líderes, defensores comunitarios, campesinos, defensores de derechos humanos, entre otros).

### 3. GARANTÍAS PROBATORIAS

- **Aplicación del artículo 37 de la ley 1448 de 2011 y del artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos**

---

El artículo 37 de la ley 1448 de 2011 establece que toda víctima tiene derecho, "siempre que lo solicite, a ser oída dentro de la actuación penal, a pedir pruebas y a suministrar los elementos probatorios que tenga en su poder". Lo anterior implica que las autoridades y órganos competentes de la JEP podrán interrogar a la víctima para el esclarecimiento de los hechos investigados, con pleno respeto de sus derechos, en especial, su dignidad y su integridad moral, utilizando un lenguaje y una actitud adecuados que impidan su re-victimización.

Al efecto, la Corte Constitucional en sentencia C-438 de 2013 señaló que la norma anteriormente destacada reitera "un derecho que les asiste a las víctimas de ser tratadas con dignidad, humanidad y respeto pleno de sus garantías fundamentales, en el trámite de causas penales, con la obligación correlativa de las autoridades de ofrecer dicho trato y evitar que sean re-victimizadas".

Para la Corte, "en el ámbito de las normas constitucionales, esta obligación encuentra sustento en el deber de las autoridades de propender por el goce efectivo de los derechos de todos los residentes en Colombia (Art 2 C.N), en la supremacía de los derechos inalienables de la persona (art. 5 C.N.), en el derecho de acceso a la administración de justicia (art. 29 y 229 C.N.), en el derecho a no ser objeto de tratos crueles, inhumanos o degradantes (art. 12), en el deber de asistencia que tiene el Fiscal General de la Nación respecto de las víctimas dentro del proceso penal (Art. 250 C.N), así como en el derecho a un recurso judicial efectivo, previsto en la Convención Americana de derechos Humanos (art. 1, 8 y 25)".

En este contexto, las víctimas deben ser tratadas de forma sensible a sus circunstancias de vida actuales y en razón de su condición de sujetos de especial protección constitucional, entre otras han de adoptarse medidas apropiadas y una atención especial para que los procedimientos judiciales garanticen su seguridad, bienestar físico, psicológico y su intimidad, así como la de sus familias, en particular en lo referente a requerimientos y asuntos probatorios. Así mismo, será necesaria la provisión de mecanismos que permitan la participación efectiva de víctimas en condición de discapacidad, en especial para las mujeres, teniendo en cuenta que gran parte de las mujeres en condición de discapacidad víctimas de Violencia Sexual u otros hechos, enfrentan mayores barreras para acceder a los procesos judiciales y de restablecimiento de sus derechos.

La JEP deberá dar un papel preponderante a las víctimas de los grupos étnicos en todo el proceso probatorio, en particular en la reunión, el intercambio y la conservación de las pruebas. En ningún caso esto significa que se les deba tratar como fuentes de información o “meros” testigos, sino como titulares de derechos en el proceso probatorio y de investigación de los crímenes perpetrados en su contra.

Las víctimas, al conocer las particularidades de los crímenes y patrones de actuación de los perpetradores de los crímenes en su contra pueden desempeñar un papel decisivo en materia probatoria y por lo tanto en la determinación de los cargos, de ahí la importancia de que se garantice su participación en las fases preliminares de la actuación judicial, incluida la investigación y formulación de cargo, otorgando especial centralidad a su relato. Para ello se precisa de aplicar las pautas que la Corte Constitucional ha establecido para la recepción e interpretación probatorio y de coherencia de los testimonios y declaraciones que presentan las víctimas de desplazamiento forzado, y hacerlas extensivas a las de otros hechos victimizantes.

En efecto, será necesario aplicar reglas probatorias de flexibilización pro víctima como la aplicación del hecho notorio respecto de la dimensión inmaterial de las violaciones, presunciones de daño e inversión de la carga de la prueba respecto de los derechos alegados por las víctimas en el marco de los procedimientos judiciales enmarcados en la JEP.

Respecto de las víctimas en el exterior, es central que los testimonios a ellas requeridos se realicen con todas las medidas necesarias que eviten la re-victimización y la afectación psicosocial de las personas. Para estos procesos se recomienda acudir a organizaciones acompañantes que pueden eventualmente brindar apoyo psicosocial. Este componente es uno de los vacíos más fuertes de la actual política administrativa de atención y reparación respecto de las víctimas en el exterior. Los mecanismos de participación de las víctimas en el exterior deben estar sumamente articulados y ser eficientes, de manera tal que las narrativas de la población sean útiles para los procesos de verdad, justicia y reparación.

## • Presencia de las víctimas en declaraciones de los responsables y modalidades especiales de testimonio

---

Los artículos 39 a 42 de la Ley 1448 de 2011 presentan algunos ejemplos de modalidades especiales de testimonios y declaraciones cuya aplicación sería útil en la implementación y funcionamiento de la JEP. Así, por ejemplo, se contempla la *declaración a puerta cerrada* como aquella que la víctima rendiría en recinto cerrado, de oficio o a petición de parte, cuando por razones de seguridad, o porque la entidad del delito dificulta la descripción de los hechos en audiencia pública o cuando la presencia del inculcado genere alteraciones en el estado de ánimo de las víctimas. En este caso, se tendría que informar a la víctima que su declaración será grabada por medio de audio o video.

También se ha contemplado el *testimonio por medio de audio o video* "con la condición que este procedimiento le permita al testigo ser interrogado por el Fiscal (o en este caso el funcionario asignado de la Unidad de Investigación y Acusación), por la Defensa y por el funcionario del conocimiento, en el momento de rendir su testimonio". En todo caso, se deberá garantizar la veracidad, privacidad, seguridad, bienestar y dignidad del testigo. En el caso de los niños, niñas y adolescentes (NNA) víctimas, el Investigador o Magistrado tendrán la obligación de protegerles y garantizar todos los medios necesarios para facilitar su participación en los procesos judiciales, así como el decreto, de oficio o por solicitud de la Unidad de Investigación y Acusación, del Ministerio Público o de la propia víctima, de medidas especiales orientadas a facilitar el testimonio de la víctima, un niño o niña, adolescente, un adulto mayor o una víctima de violencia sexual.

En este caso, los funcionarios competentes tendrán que controlar diligentemente la forma de interrogar a fin de evitar cualquier tipo de hostigamiento o intimidación. También en este tipo de testimonios, se deberá contemplar la posibilidad de decretar que el testimonio de la víctima sea recibido con acompañamiento de personal experto en situaciones traumáticas, tales como psicólogos, trabajadores sociales, siquiátras o terapeutas, entre otros. Es necesario que se le permita a la víctima también ejercer el derecho de elegir el sexo de la persona ante la cual desea rendir cualquier tipo de declaración.

En este orden de ideas, la JEP deberá establecer los medios tendientes a garantizar que las víctimas, sus familiares y representantes puedan estar presentes en las declaraciones de los presuntos responsables, cuando hayan expresado libremente su voluntad de hacerlo. Así, por ejemplo, en los casos relativos a los grupos étnicos deberán tenerse en cuenta sus formas de organización y representación, y en los casos en los que aplique, se deberá garantizar la participación de sus respectivas autoridades. Estos procesos deben garantizar la protección de la integridad de las víctimas, sus familiares y representantes.

La participación de las víctimas de los pueblos étnicos en los procesos penales deberá tener en cuenta su situación territorial y cultural, y por lo tanto, modelar formas especiales de testimonio a través de medios digitales, documentales u otros que se puedan establecer en consulta y participación con sus representantes y autoridades.

## • Acompañamiento psico-social

Los distintos hechos victimizantes ocasionan un gran impacto en el estado emocional y psicológico de las víctimas, además de generar rupturas en los tejidos sociales de las comunidades. Por ende, un acompañamiento psicosocial constituye un apoyo fundamental para el desarrollo de los procesos de ejercicio de la justicia. Es clave que se pueda proveer un acompañamiento individual, familiar o colectivo a las víctimas de violencia sexual en todas las fases: preparatorias, de denuncia, procesal, probatoria y de acceso a las medidas judiciales respectivas.

En este caso no se trata de un momento particular dentro de la ruta institucional de acompañamiento, sino que deben darse garantías de continuidad y de ser necesario remitirlas al sistema de salud física y mental. En el caso de las audiencias públicas, el acompañamiento psicosocial debe ser un componente esencial para garantizar un estado emocional y psicológico que le permita a la víctima afrontar con dignidad y capacidad de agencia las vicisitudes de este tipo de procesos. Finalmente, el acompañamiento psicosocial no debe terminar en el proceso en sí, sino que debe contemplar un seguimiento a las víctimas que lo requieran con posterioridad al mismo y con especial énfasis en el seguimiento al cumplimiento de los fallos y sentencias.

Para el acompañamiento psicosocial de las víctimas de los pueblos étnicos es necesaria la introducción de un módulo étnico dentro de la JEP, en consulta con sus representantes y autoridades, entre otras de conformidad con los artículos 88 de Decreto Ley 4635 y, 117 y 118 del Decreto Ley 4633 y demás normatividad aplicable.

Por su parte, deberán aplicarse las garantías procesales especiales para las víctimas de violencia sexual establecidas en el Estatuto de Roma, incluidas las definidas en los artículos 19 del Decreto Ley 4633 y 33 del Decreto Ley 4635 y demás normativa aplicable. Adicionalmente, los fallos judiciales deben incluir garantías de acceso al derecho a la salud sexual y reproductiva en condiciones dignas de las víctimas de violencia sexual.

## • Protección y confidencialidad respecto de los datos de las víctimas

---

Es de vital importancia que se ofrezca la seguridad de la información con respecto a los datos de las víctimas, pero se debe garantizar un sistema de medidas de confidencialidad (por ejemplo: vía habeas data o de manejo de uso de los datos por parte de entidades del Estado), para que la institucionalidad pueda garantizar la materialización de las decisiones judiciales por cuanto en lo concerniente a las medidas administrativas, muchas veces las autoridades se excusan en la reserva de la información para no cumplirlas o hacerlas efectivas.

En el caso de las víctimas en el exterior, la información personal no debe ser pública y debe garantizarse la confidencialidad de los datos referentes a la intimidad de las personas. Lo anterior en razón a que en muchos casos los victimarios continúan cometiendo delitos y podría reiterarse la persecución, inclusive fuera de las fronteras del país. Adicionalmente, la seguridad de las víctimas en el exterior es un asunto particularmente delicado por tratarse de población que vio en el exilio, y en los algunos casos en el anonimato, la única forma de sobrevivir.

## • Deberes de conservación de archivos y seguridad de la información judicial

---

El Estado tiene deberes de conservación de archivos que cumplen varios propósitos respecto de los derechos de las víctimas. Por ejemplo, la conservación de los archivos judiciales garantizaría la verdad judicial en el sentido que protegería la información de cualquier alteración externa.

Por esa misma línea, la conservación de archivos judiciales es una garantía de debido proceso para todos los sujetos procesales, especialmente para las víctimas, en tanto contribuye a la transparencia, organización y cadena de custodia respecto de los documentos recaudados en el marco de los procesos penales. También la conservación de archivos judiciales, mediante un Protocolo que la Secretaría Ejecutiva de la JEP podría promover al respecto, facilitaría sustancialmente la interrelación informativa entre la JEP, la jurisdicción penal ordinaria e instancias extrajudiciales de esclarecimiento histórico y de la verdad. Finalmente, contribuye al deber estatal de memoria conforme a los principios

1 a 4 de los *Principios Joinet*, lo que en el sentir de la Corte Interamericana de Derechos Humanos tiene un contenido claramente *reparativo* en sus dimensiones individual y colectiva.

En este contexto normativo, el diseño del protocolo de conservación de archivos judiciales debe ceñirse a los estándares internacionales existentes en la materia. La Comisión de Seguimiento a la Política Pública sobre Desplazamiento Forzado ha sugerido reiterativamente al Estado colombiano aplicar la Directiva No. 001 de febrero de 2010 expedida por la Procuraduría General de la Nación como modelo interinstitucional de garantía de no destrucción, alteración, falsificación o sustracción de documentos, con el objetivo de que se proteja la integridad, autenticidad, veracidad y fidelidad de la información de los elementos constitutivos de archivo mediante la adopción de un sistema de medidas de seguridad y de control de acceso y consulta.

# Anexo. GARANTÍAS PARA LA VERDAD, LA JUSTICIA Y LA REPARACIÓN DE LAS VÍCTIMAS EN LA JEP

## • Medios de articulación entre JEP y Comisión de la Verdad

---

La integralidad y coherencia del sistema de VJR contemplado en el Acuerdo de Paz obliga a los distintos órganos e instituciones que lo componen a desplegar acciones y establecer estrategias coordinadas para garantizar su articulación permanente y en clave de la satisfacción de los derechos de las víctimas. Lo anterior contribuiría a la integralidad del resarcimiento desde la perspectiva de la cohesión y complementariedad de las medidas sobre verdad, justicia y reparación que es necesario garantizar a las y los perjudicados por las violaciones que son objeto del sistema.

Uno de los escenarios de articulación necesaria se encuentra compuesto por la JEP y la Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad (CEV) en el sentido que se hace necesario garantizar la interrelación entre éstas con el objetivo de satisfacer el derecho a la verdad desde sus dos perspectivas: judicial e histórica.

Así por ejemplo, en lo referente a las víctimas pertenecientes a pueblos étnicos, la JEP y la CEV deben garantizar su articulación con los sistemas de justicia propios de dichos pueblos, entre otras en cumplimiento del Capítulo Étnico incorporado en el Acuerdo Final de manera que estos mecanismos se deben articular y reforzar mutuamente.

Igualmente, en materia de género, en el caso de la CEV se ha propuesto que ésta pueda adelantar acciones específicas que ayuden a esclarecer los patrones, circunstancias y motivos por los que fue utilizada la violencia sexual como arma de guerra, haciendo una contribución a la Verdad. Se espera que se garantice que el equipo de género y derechos de la mujer de la JEP tenga un trabajo estrecho con el equipo similar que debe tener la CEV para la materia, a fin de cruzar metodologías, instrumentos y hallazgos que sean pertinentes y claves para la función de cada uno como parte del Sistema de VJR.

## • **Articulación y coherencia entre JEP y reparaciones administrativas**

---

En ningún caso se deberá asimilar la reparación administrativa a la reparación judicial en materia de reparaciones a las víctimas o sus familiares, salvo que se demuestre sin lugar a dudas que en los casos en que haya precedido alguna forma de reparación administrativa ésta fue proporcional al daño sufrido y corresponde de forma específica a un crimen identificado de forma exhaustiva y reparado de forma integral.

Respecto de las mujeres víctimas, a ellas se les debe garantizar el acompañamiento técnico y jurídico permanente en las instancias judiciales con el objetivo de que aquellas mujeres que no puedan llevar sus casos a la JEP, como mínimo se les garantice el pleno acceso a rutas de salud, para la atención psicosocial y médica requerida.

En todo caso, la articulación y coherencia entre la JEP y reparaciones administrativas puede ser una oportunidad para que las víctimas en el exterior puedan contar con medidas de reparación adecuadas, teniendo en cuenta las afectaciones y al contexto propio de las víctimas en el exterior. Lo anterior es una demanda reiterada a la UARIV debido a las limitaciones que en materia de reparación a víctimas en el exterior actualmente presenta.

## • **Aplicación de criterios de justicia restaurativa**

---

La aplicación de una justicia restaurativa en materia de reparación de las víctimas debe implicar que en todas las sentencias judiciales la reparación ha de ser proporcional a la gravedad de las violaciones y al daño sufrido, y debe contemplar la devolución de los bienes y lucro cesante o una indemnización correspondiente cuando la restitución no sea materialmente posible. El objetivo de las reparaciones debe ser además la transformación de las condiciones que permitieron la victimización, por lo tanto la reparación debe contemplar también las acciones u omisiones que puedan atribuírsele al Estado.

Lo anterior también obliga a la construcción de criterios restaurativos que permitan determinar la proporcionalidad de las sanciones que tengan un contenido reparador. Para ello será necesario consultar a las víctimas respecto del contenido reparador de las sanciones especiales a ser aplicadas en la JEP en los casos contemplados para ello. En los casos en que las víctimas y victimarios pertenezcan a pueblos étnicos las consultas deberán realizarse teniendo en cuenta las estructuras de representación y las autoridades de los pueblos étnicos, al igual que la cultura y sus lenguajes propios.

*Hernando Yepes Arcila*

Bogotá, 23 de enero de 2017

Doctor  
GUILLERMO LEON GIRALDO GIL  
Secretario General Comisión Primera  
SENADO DE LA REPUBLICA  
E. S. D.

Apreciado doctor Giraldo:

Recibí su amable comunicación CPR-CS- 0013-2017 en la que me informa la invitación de la Comisión Primera para participar en Audiencia Pública que tendrá lugar el próximo día 25 dentro del trámite del Proyecto de Acto Legislativo No. 01 de 2016 Senado "Por medio del cual se adiciona un artículo transitorio a la Constitución con el propósito de dar estabilidad y seguridad jurídica al acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera".

Soy consciente de que la convocatoria es una cordial manifestación de deferencia del Órgano, pero no obstante ello me veo obligado a declinarla. A mi juicio, mi condición de jurista militante en el Estado de Derecho me veda tomar parte en cualquier episodio de dicho trámite, por constituir éste un escenario ilegítimo de actuación del Poder Legislativo en razón de su radical contrariedad con el régimen institucional del país.

En efecto: el procedimiento en que el Gobierno y las Cámaras vienen empeñados para producir la apariencia de una reforma constitucional, viola frontalmente el régimen del poder de Enmienda que, a su vez, es la base ontológica de la existencia y supervivencia de la norma suprema. Ninguna Corte, ni órgano del Poder Público, ni siquiera el titular de la facultad de reformar la Constitución, está autorizado para desconocer la

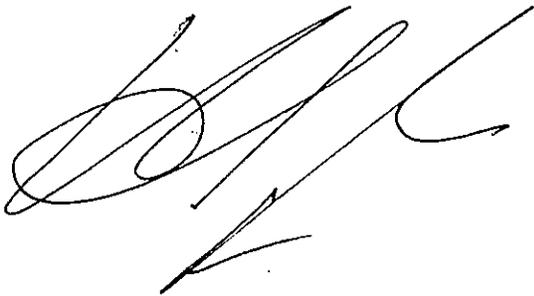
*Hernando Yepes Arcila*

organización jurídica que en la Constitución, y sólo en ella, organiza el Poder constituyente derivado, pues las normas que lo rigen y estructuran representan una cláusula irreformable implícita, según tiene bien averiguado la doctrina universal.

De otra parte, obra en el mismo sentido de imperativo cívico de abstención el hecho de que en la ocasión actual la actividad anómala del Poder Legislativo tiene por objeto soslayar el acatamiento a una decisión popular, consumando de esa manera el aniquilamiento de la democracia de participación.

Ruego a usted, estimado señor Secretario, transmitir mi excusa a la Comisión y a sus dignatarios.

Con sentimientos de la mayor consideración y aprecio personal,

A handwritten signature in black ink, consisting of several loops and a long horizontal stroke, likely representing the name Hernando Yepes Arcila.