

Bogotá, 25 de agosto de 2025

Representante
GABRIEL BECERRA YÁÑEZ
Presidente
Comisión Primera
Cámara de Representantes

Referencia. Concepto de la Defensoría del Pueblo sobre el Proyecto de Ley 02 de 2025 “Por medio de la cual se establece un tratamiento penal diferenciado para el desmantelamiento y sometimiento de organizaciones al margen de la ley, y reglas para la consolidación de la paz total, el orden público y la seguridad ciudadana”.

Estimado Representante, por medio del presente escrito me permito rendir concepto al proyecto de ley de la referencia, en los siguientes términos:

INTRODUCCIÓN

La Defensoría del Pueblo valora positivamente el inicio de la discusión de un proyecto de ley para establecer mecanismos judiciales para investigar y juzgar a integrantes de Grupos Armados Organizados al Margen de la Ley (GAOML) y de Estructuras Armadas Organizadas de Crimen de Alto Impacto (EAOCAI). Sin embargo, se recomienda revisar detenidamente varios asuntos de fondo en aras de asegurar que la iniciativa garantice los derechos de las víctimas a la participación, a la verdad, a la justicia, a la reparación; así como los derechos de las víctimas y la sociedad a las garantías de no repetición.

El Gobierno avanza en conversaciones con varios grupos armados de diferente naturaleza, de conformidad con la Ley 2272 de 2022, llamada de “Paz Total”. Sin embargo, estos procesos de paz se desarrollan sin claridad sobre el marco jurídico que, de avanzarse hacia el desarme de los grupos y el sometimiento de las estructuras, permitirá que rindan cuentas ante la justicia, las víctimas y la sociedad.

En este contexto, le corresponde al Congreso de la República definir tanto los tratamientos penales para miembros de grupos armados al margen de la ley

(GAOML) como para la criminalidad organizada (EAOCAI)¹, a través del debate amplio de un proyecto de ley (PL). En tal sentido, la discusión pública y amplia de esta iniciativa en el seno del legislativo, con la participación de todos los sectores y especialmente de las víctimas, permitirá construir un marco jurídico que brinde una base sólida a los esfuerzos actuales por la búsqueda de la paz con fundamento en el respeto íntegro de los derechos de las víctimas. De ser aprobada, esta iniciativa proporcionaría un marco jurídico claro para regular los mecanismos que permitirán el tránsito a la legalidad de los miembros de dichos grupos.

Ahora bien, es necesario revisar varios aspectos problemáticos del proyecto de ley a la luz de la garantía de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario. Los aspectos más concretos de su contenido se expondrán a lo largo del presente concepto. Sin embargo, hay dos aspectos iniciales que se invita a considerar con seriedad.

El primero está relacionado con la participación de las víctimas. Se hace un llamado al Congreso de la República a convocar a **audiencias regionales con víctimas** que pertenezcan, tanto a las mesas nacional, departamentales y municipales de participación de víctimas; como a aquellas que residen en las zonas de influencia de los grupos armados que tendrían la virtualidad de acceder a los mecanismos establecidos en el proyecto de ley. En lo referente a participación, **el proyecto de ley también debe abordar las afectaciones de los grupos armados a los pueblos étnicos y dichos contenidos deben ser objeto de consulta previa de pueblos étnicos**. Este punto se retomará más adelante pues, de no ser abordado debidamente, podría generar tensiones sobre la constitucionalidad de la iniciativa legislativa.

También es fundamental **consultar la iniciativa formalmente con la Comisión Nacional de Garantías de Seguridad**, creada en implementación del Acuerdo Final de Paz como órgano competente para el diseño y seguimiento de la política pública y criminal en materia de desmantelamiento de las organizaciones criminales (Decreto 154 de 2017). La legitimidad de esta iniciativa dependerá, no solo de su contenido material, sino, además, de la apropiación que pueda existir entre los grupos más afectados por la violencia armada en el país, especialmente las víctimas.

¹ Como lo sostuvo la Corte Constitucional en la Sentencia C-525 de 2023, en la que estudió la Ley 2272 de 2022: “el amplio margen de discrecionalidad del presidente para superar las situaciones de violencia generadas por la criminalidad organizada de alto impacto incluye la posibilidad de buscar su sometimiento a través de acercamientos y conversaciones. Sin embargo, de conformidad con el principio de separación de poderes, los términos de sometimiento a la justicia deben ser definidos por el legislador”.

Asimismo, es fundamental que el Estado en su conjunto adopte decisiones que tengan en cuenta los grandes retos para abordar integralmente una política de paz. Mientras que el Gobierno pide al Congreso alistarse para debatir beneficios jurídicos para los responsables de los crímenes más serios que se cometen en Colombia, **la política de atención y reparación a víctimas continúa con serios rezagos en financiación y un retraso importante en la reglamentación e implementación de la más reciente reforma a la Ley de Víctimas (Ley 2421 de 2025)**. Para el 2031, que finaliza la vigencia de la ley y los decretos ley étnicos de víctimas y restitución de tierras, solo el 30% de las víctimas del conflicto armado habrán recibido indemnización. Esto, sin contar las otras medidas de reparación individual y colectiva ni las soluciones duraderas para la población desplazada. Adicionalmente, en la actualidad no existe un programa de reparación que atienda los daños causados por la criminalidad organizada.

De ser aprobada la iniciativa, en su conjunto, se abriría el camino para ofrecer beneficios penales a los responsables de los hechos sin considerar seriamente los derechos de las víctimas a la reparación. Esto desbalancearía aún más la política favoreciendo a los responsables y dejando de lado a las víctimas.

Hechas estas aclaraciones iniciales, se dará paso a las observaciones específicas al contenido del proyecto de ley. En primer lugar, se expondrán los aspectos positivos de la iniciativa; en segundo lugar, se abordarán los principales aspectos con riesgos de inconstitucionalidad; en tercer lugar, los aspectos a fortalecer y las propuestas para hacerlo; en cuarto lugar, los retos para la capacidad institucional actual que deben ser tomados en cuenta para una adecuada implementación; y, en quinto y último lugar, se explicará la inconveniencia y posible inconstitucionalidad de la inclusión de tratamientos penales para la protesta social.

1. ASPECTOS POSITIVOS DE LA INICIATIVA

En primer lugar, tanto los grupos armados que participan en el conflicto armado interno (GAOML), como los de criminalidad organizada (EAOCAI) afectan desproporcionadamente los derechos humanos de las comunidades y poblaciones más vulnerables. Por consiguiente, **resulta necesario avanzar en procesos de negociación que tengan una base jurídica sólida que les permita sostenibilidad y estén centrados en los derechos de las víctimas**.

Colombia ha enfrentado el conflicto armado interno por décadas y ha adelantado varios procesos de justicia transicional para darle fin. Hoy en día, nuestro país, como muchos otros está lidiando con el impacto negativo creciente en los derechos humanos de la población por la criminalidad organizada. Como lo sostuvo la

Relatora Especial de Naciones Unidas sobre los derechos humanos de las personas desplazadas, Paula Gaviria en su más reciente informe:

“La delincuencia es un factor de violencia, desplazamiento y vulneración de los derechos de los desplazados internos que cada vez adquiere mayor prevalencia a escala mundial. En 2024, al menos 1,2 millones de personas se vieron desplazadas por la violencia relacionada con la delincuencia en todo el mundo, cifra que se duplicó con creces respecto a 2023”.

[...]

“La debilidad del Estado y la corrupción que caracterizan los contextos en que la actividad delictiva organizada está generalizada frustran la búsqueda de justicia y recursos efectivos”².

En segundo lugar, **es positivo el hecho de que el proyecto de ley incluya en su regulación la responsabilidad penal de los llamados “terceros”, esto son, colaboradores y financiadores de los grupos armados**, tanto los que participan en el conflicto armado como la criminalidad organizada. La responsabilidad de los terceros no ha sido abordada rigurosamente de marcos jurídicos especiales respecto de crímenes de esta magnitud.

En tercer lugar, **el proyecto de ley permite articular medidas de judicialización penal con medidas extrajudiciales**: Vincula la justicia con mecanismos no judiciales de verdad como requisito para acceder a beneficios penales.

En cuarto lugar, **la iniciativa aborda una perspectiva de investigación penal de macrocriminal**, que se basa en la identificación de patrones, en la distinción de los niveles de responsabilidad y en la aplicación de penas diferenciadas con enfoque retributivo y restaurativo. En situaciones de violencia generalizada o sistemática, como lo ha sido la del conflicto armado y la criminalidad organizada, este enfoque es el más eficiente, pues permite superar la mirada caso a caso que agota y sobrepasa la capacidad judicial, pero que tampoco permite identificar adecuadamente los fenómenos criminales en los que se encuadran cada uno de los hechos. En estas condiciones, esta aproximación permite maximizar la verdad judicial y se dirige a la determinación de los grandes responsables.

En quinto lugar, resulta positivo que la iniciativa se base en el **fortalecimiento de la justicia ordinaria** y no caiga en la tentación de crear nuevas instituciones cuya puesta en marcha puede ser engorrosa, costosa y demorada.

² Naciones Unidas, Informe de la Relatora Especial de Naciones Unidas sobre los derechos de los Desplazados. **Desplazamiento interno en el contexto de la actividad delictiva organizada**

Por último, es de destacar que el Gobierno nacional acogió muchas de las observaciones presentadas por algunas instituciones en la sesión del Consejo Superior de Política Criminal del 18 de julio. Entre ellas:

- Se estableció de forma expresa que sólo podrán acceder a los procedimientos contemplados en el proyecto de ley los miembros de grupos que se hayan desmovilizado y que, en todo caso, hayan realizado dejación de las armas y de todo el material de guerra. (Artículos 2 y 24 del PL)
- Se definió el concepto de colaboración eficaz, a efectos de la suscripción de los acuerdos con miembros de EAOCAI. Al respecto, se estableció que esta consiste en el aporte de información que pueda, *prima facie*, revestir utilidad para el desmantelamiento de estructuras o economías ilícitas y que no sea de conocimiento público o previamente recolectada en su totalidad por las autoridades. (Parágrafo 1 del artículo 36 del PL)
- Se estipuló que la autoridad judicial deberá verificar que las personas sometidas hayan suscrito el Acuerdo de Contribución a la Verdad Histórica y Reparación y que se encuentre participando en dicho mecanismo. Lo anterior, como uno de los requisitos para acceder a cualquiera de los tratamientos penales diferenciados establecidos en la ley (artículo 14 del PL).
- Se estableció que aquellas personas que afecten el desarrollo pacífico de las elecciones del año 2026 no podrán acceder a los tratamientos penales diferenciales. Esta condición se estableció respecto de miembros de GAO y GAOML, por lo que hace falta su inclusión respecto de EAOCAI (parágrafo 1 del artículo 24 del PL).
- Se adoptaron disposiciones orientadas a incorporar en el PL un enfoque diferencial en favor de los niños, niñas y adolescentes (NNA): i) la obligación por parte de GAO, GAOML y EAOCAI de entregar y poner en conocimiento del Institución Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) no sólo los menores vinculados al grupo mediante reclutamiento, sino también mediante toda forma de uso y utilización (artículos 24 y 35 del PL); ii) la valoración de los daños y afectaciones causadas a NNA como criterio negativo en la tasación del quantum de la pena alternativa imponible a miembros de GAO y GAOML (artículo 22); iii) aplicación del interés superior del niño/a en la participación efectiva en el proceso y los mecanismos restaurativos desde un enfoque diferencial (artículo 20); y iv) aplicación del Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes y exclusión de los procedimientos

y tratamientos penales diferenciales previstos en el PL a NNA que hayan cometido conductas en el marco de su pertenencia a GAO, GAOML y EAOCAL o en desarrollo de la protesta social (artículo 20).

2. CONTENIDOS CON RIESGOS DE INCONSTITUCIONALIDAD

La Defensoría del Pueblo advierte que pueden existir, a primera vista, algunas tensiones entre el proyecto de ley y la Constitución que se presentan a continuación y respecto de las cuales se brindan elementos para su análisis.

2.1. Respetto de la reserva estatutaria de algunos contenidos del PL

El proyecto de ley no debe ser tramitado mediante el trámite de la ley estatutaria, ya que no regula de manera integral los contenidos referidos en el artículo 152 sobre materias de reserva de ley estatutaria como, por ejemplo, los derechos fundamentales, los derechos de las víctimas, la justicia transicional o la administración de justicia.^[7]

Sin embargo, se identifica algunos contenidos podrían tener reserva de ley estatutaria, teniendo en cuenta que el artículo 66 transitorio de la Constitución establece que los instrumentos de naturaleza transicional, incluyendo la selección, deben ser regulados por medio de ley estatutaria. Al respecto, la referida norma dispone lo siguiente:

“(...) Una ley estatutaria podrá autorizar que, en el marco de un acuerdo de paz, se dé un tratamiento diferenciado para los distintos grupos armados al margen de la ley que hayan sido parte en el conflicto armado interno y también para los agentes del Estado, en relación con su participación en el mismo. [...] **Mediante una ley estatutaria** se establecerán instrumentos de justicia transicional de carácter judicial o extrajudicial que permitan garantizar los deberes estatales de investigación y sanción.

Tanto los criterios de priorización como los de selección son inherentes a los instrumentos de justicia transicional. [...] en el marco de la justicia transicional, el Congreso de la República, por iniciativa del Gobierno nacional, podrá **mediante ley estatutaria** determinar criterios de selección (...); establecer los casos, requisitos y condiciones en los que procedería la suspensión de la ejecución de la pena; establecer los casos en los que proceda la aplicación de sanciones extrajudiciales, de penas alternativas, o de

modalidades especiales de ejecución y cumplimiento de la pena; y autorizar la renuncia condicionada a la persecución judicial penal de todos los casos no seleccionados (...)” (subrayado fuera del texto original).

Como se puede apreciar, en dicho artículo se establece el trámite de ley estatutaria al menos en tres ocasiones, con relación a: i) la autorización en el marco de un acuerdo de paz de tratamiento diferenciado para los distintos grupos armados al margen de la ley que hayan sido parte en el conflicto armado interno, incluyendo agentes del Estado; ii) el establecimiento de instrumentos de justicia transicional de carácter judicial o extrajudicial que permitan garantizar los deberes estatales de investigación y sanción, y iii) los criterios de selección de la justicia transicional, el establecimiento de penas alternativas, modalidades especiales de ejecución, entre otras.

Aunque este artículo se incluyó en la Constitución en el marco de las negociaciones de paz con la extinta guerrilla de las FARC - EP, en lo que se conoció como el “Marco Jurídico para la Paz”, continúa vigente y debe ser aplicado a otros procesos de justicia transicional a futuro. Por ejemplo en la intervención que se realizó para el control de constitucionalidad de la Ley 2272 de 2022 (Ley de “Paz Total”) que finalizó con la Sentencia C-542 de 2023, Rodrigo Uprimny advirtió que el artículo 66 transitorio continúa produciendo efectos porque una norma transitoria constitucional no significa que se trate de una norma que esté vigente poco tiempo, sino que, contrario a ello, es un fenómeno jurídico que subsiste hasta: i) no ser modificada por una norma permanente, o ii) hasta que se agote su contenido^[4]. En ese caso, el profesor Uprimny afirmó que mientras el conflicto continúe, las medidas de justicia transicional y la ponderación que de ella subyace siguen conservando su sentido.

Teniendo en cuenta lo anterior, algunos de los contenidos del PL tienen reserva estatutaria, específicamente los siguientes: El establecimiento de un régimen de justicia transicional (art. 2 PL) para integrantes de GAOML y grupo armado organizado (GAO), que incluye tratamientos penales especiales y diferenciados, específicamente penas alternativas (art. 21 PL), modalidades especiales de ejecución de la pena (art. 23 PL) y beneficio especial de libertad preparatoria (art. 23 PL). Igualmente, se plantea la discusión en torno a si el PL establece disposiciones que impliquen una serie de selección *de facto* para integrantes de GAO y GAOML, a través de figuras como el principio de oportunidad (art. 22) y la resolución inhibitoria o preclusión (art. 22). Lo anterior, ya que en dicho evento se trataría de otro supuesto de reserva estatutaria. La alternativa para subsanar este asunto sería excluir todos los contenidos de reserva estatutaria y deja

únicamente la alternativa de mecanismos de sometimiento a la justicia, lo cual también es recomendable según lo que se analizará en el siguiente punto.

2.2. Beneficios del proyecto de ley a personas excluidas de justicia y paz y de la Jurisdicción Especial para la Paz

El PL establece la competencia general sobre personas que hayan sido excluidas de los procedimientos de Justicia y Paz y la Jurisdicción Especial para la Paz, disponiendo para estas un tratamiento penal diferenciado de naturaleza transicional (art. 2 PL). Dicho tratamiento consiste en el otorgamiento de una pena alternativa de entre 8 y 10 años que, en todo caso, no puede ser menor a la dispuesta en su régimen inicial, pero que tendrá en cuenta el tiempo que haya estado privado de la libertad en virtud del régimen inicial (art.22). No obstante, el PL no hace mención directa a la condición de personas que hayan sido excluidas de dichos procedimientos por la comisión de hechos delictivos con posterioridad a la desmovilización. De hecho, sólo limita el acceso al procedimiento y los beneficios a la manifestación de voluntad y la contribución a la satisfacción de los derechos de las víctimas.

En opinión de la Defensoría del Pueblo, la inclusión de personas que hayan sido excluidas por cometer ilícitos con posterior a la desmovilización del GAO por el cual fueron vinculados a Justicia y Paz³ o a la JEP⁴ es inconstitucional. Lo anterior, en la medida en que el parágrafo 2 del artículo transitorio 66 de la Constitución Política establece que:

En ningún caso se podrán aplicar instrumentos de justicia transicional a grupos armados al margen de la ley que no hayan sido parte en el conflicto armado interno, ni a cualquier miembro de un grupo armado que una vez desmovilizado siga delinquiriendo. (Subrayado propio).

³ El artículo 11A de la Ley 975 de 2005, establece las causales para la terminación del proceso y la exclusión de la lista de postulados, dentro de las cuales se encuentra “Cuando el postulado haya sido condenado por delitos dolosos cometidos con posterioridad a su desmovilización, o cuando habiendo sido postulado estando privado de la libertad, se compruebe que ha delinquido desde el centro de reclusión.”

⁴ El artículo 20 de la Ley 1957 de 2019, establece como uno de los requisitos del régimen de condicionalidad (RC) el no cometer delitos dolosos con pena mínima igual o superior a 4 años contra la vida e integridad personal, personas y bienes protegidos por el DIH, entre otros. Por su parte, en sentencia C-080 de 2018, la Corte Constitucional analizó en detalle el RC y las consecuencias de su incumplimiento. Concretamente, estableció que, si bien se señaló que la consecuencia deberá determinarse caso a caso según los principios de proporcionalidad y gradualidad, consideró de forma expresa que es respecto del incumplimiento del compromiso de no repetición que procede la exclusión de la JEP. “Al respecto, señaló lo siguiente: “El compromiso de no repetición consiste en no alzarse nuevamente en armas como rebeldes, integrar grupos armados organizados, o grupos delictivos organizados. (...) La terminación del conflicto armado es el fundamento y una de las finalidades esenciales de la Jurisdicción Especial para la Paz. (...) Se trata de una condición esencial de acceso a la JEP y, por lo mismo, su incumplimiento es causal de exclusión de ella.”

Adicionalmente, el ofrecer nuevos beneficios penales a quienes han sido excluidos de los procesos de justicia y paz y de la JEP viola el derecho a las garantías de no repetición de las víctimas y la sociedad. Si una persona ya había pasado por un proceso transicional, se había comprometido a no regresar a la violencia armada como condición de acceso al beneficio penal. Tal requisito fue uno de los fundamentos para la declarar la constitucionalidad de los mecanismos de justicia transicional de justicia y paz y la JEP. Ese fue el resultado de la ponderación que realizó la Corte Constitucional como fundamento para declarar la constitucionalidad de las sanciones reducidas en ambos casos (sentencias C-370 de 2006 y C-674 de 2017 entre otras). Permitir nuevos beneficios por los mismos hechos de personas que hayan incumplido de manera grave sus obligaciones de no repetición, al punto que fundamentaron su exclusión judicial del respectivo régimen, podría desconocer los derechos de las víctimas y de la sociedad a las garantías de no repetición.

En esa medida, se recomienda excluir expresamente del tratamiento penal diferenciado transicional a miembros de los GAO y GAOML que hayan delinquido con posterioridad a la desmovilización del grupo por el cual estuvieron postulados a Justicia y Paz o comparecieron ante la JEP. Dicha exclusión aplicaría a toda persona que haya sido excluida de Justicia y Paz por la causal quinta del artículo 11A de la Ley 975 de 2005, así como los casos de deserción de integrantes de las FARC-EP, en los términos señalados en el numeral 2 del artículo 63 de la Ley 1957 de 2019.

En ese sentido, la alternativa que resta para resolver el asunto es ofrecer mecanismos de sometimiento a la justicia para los nuevos hechos que hayan cometido después de desertar al proceso de paz anterior, en vez de nuevos mecanismos de justicia transicional.

Al respecto, el PL establece que “en ningún caso la sanción será inferior a la del régimen del cual fueron excluidos”. Sin embargo, el dispositivo no es lo suficientemente claro pues la JEP está en capacidad de otorgar una sanción restaurativa (sin pena privativa de la libertad) de 5 a 8 años en condiciones de pleno cumplimiento y reconocimiento de responsabilidad. En el caso en que no se acepte la responsabilidad, pero no se haya emitido sentencia y el compareciente ofrezca un reconocimiento tardío de responsabilidad, se puede otorgar una sanción de 5 a 8 años privativa de la libertad. En caso de que se le condene sin reconocimiento de responsabilidad, el responsable accede a una sanción de 20 años de pena privativa de la libertad (arts. 126 a 130 de la Ley 1957 de 2019 Estatutaria de Administración de Justicia en la JEP). Sin embargo, si el responsable

volvió a las armas, perdió la posibilidad de acceder a los tratamientos penales especiales contemplados en la normatividad de la JEP, al menos por los hechos de su competencia (Corte Constitucional, Sentencia C-080 de 2018, acápite 4.1.8.1).

En conclusión, quienes hayan reincidido en la violencia armada después de su desmovilización no pueden acceder a mecanismos de justicia transicional, sino a mecanismos de sometimiento de justicia. En cualquier caso, respecto de los hechos anteriores a su desmovilización, no podrán acceder a beneficios que desconozcan las consecuencias previstas en la normatividad de justicia y paz o de la JEP.

Respecto de la responsabilidad penal de los desertores de procesos de paz anteriores con relación a hechos cometidos antes de su primera desmovilización, en aras de brindar nuevas alternativas de reincorporación y fin de la violencia armada, se podrían analizar mecanismos de interacción procesal con el procedimiento de la Ley de Justicia y Paz y el de la Jurisdicción Especial para la Paz. Dichos mecanismos deberán conservar la coherencia del sistema de penas respecto de los hechos para evitar que se ofrezcan incentivos equivalentes o mayores a quienes incumplieron sus compromisos de justicia transicional que a quienes han cumplido. De lo contrario, se podría afectar la proporcionalidad de la sanción, así como desequilibrar el delicado balance entre la contribución al fin de la violencia armada y los beneficios penales recibidos.

2.3. Principio de oportunidad para personas únicamente responsables de los delitos derivados de la mera pertenencia a GAO y GAOML

El artículo 22 del PL establece los tratamientos penales diferenciados aplicables a los miembros de GAO y GAOML que sólo sean responsables de delitos derivados de su pertenencia al grupo armado. En el tercer inciso establece que estas personas “podrán acceder de manera prioritaria al mecanismo de principio de oportunidad, en los términos de la Ley 906 de 2004”, mientras que en los párrafos 2 y 3 regula el asunto diferenciando los mecanismos aplicables según la naturaleza política o no del delito en el que se materialice dicha pertenencia.

En el caso de que tengan esa naturaleza establece que se procederá con los mecanismos de la Ley 418 de 1997 (indulto para personas con sentencias ejecutoriadas), mientras que si son de naturaleza ordinaria, serán objeto de “resolución inhibitoria o preclusión de la investigación”, según corresponda a Ley 600 de 2000 o Ley 906 de 2004.

La aplicación de los mecanismos de la Ley 418 de 1997 a los delitos base que se configuren dentro de aquellos de naturaleza política, que atentan contra el orden

constitucional vigente, no tiene ningún problema. No obstante, no ocurre lo mismo con los delitos derivados de la pertenencia de naturaleza común.

En primera medida, resulta problemática la remisión general que se hace en el proyecto a la aplicación del principio de oportunidad en los términos de la Ley 906 de 2004, pues parece indicar que debería tramitarse a partir de las causales contenidas en el artículo 324 de dicho Código. De ser así, podría resultar inaplicable el principio de oportunidad. Lo anterior, teniendo en cuenta que, tal cual como fue establecido por la Corte Constitucional en sentencia C-387 de 2014, las causales de aplicación son establecidas por el legislador de manera clara, precisa e inequívoca y son de interpretación restrictiva al constituir un mecanismo excepcional y reglado. Una revisión rápida de las causales actuales no permite identificar una que pueda servir de manera clara para resolver la situación jurídica de esta clase de personas.⁵

En segunda medida, el PL le da la facultad a la autoridad judicial para considerar como delitos derivados de la permanencia al GAO, a efectos de aplicación del principio de oportunidad. Al respecto, se considera que esta forma de concebir el principio de oportunidad como la “salida jurídica” para cualquier conducta punible a criterio de la judicatura, es abiertamente inconstitucional. Lo anterior, pues desconoce el carácter excepcional de este mecanismo según el artículo 250 de la Constitución. Así las cosas, el principio de oportunidad sólo procede de manera excepcional y por las causales expresamente previstas en la ley, pero el PL lo emplea con efectos generales.

Sin embargo, adicionalmente, mediante sentencia C-936 de 2010, la Corte Constitucional declaró la inexequibilidad de la Ley 1312 de 2010 que había creado una causal de principio de oportunidad para permitir resolver la situación jurídica de las personas sólo responsables de los delitos derivados de la pertenencia a las entonces Autodefensas Unidas de Colombia (GAO y GAOML). El argumento central de la Corte está dado por el hecho de que su procedencia se condicionaba únicamente a la manifestación del exintegrante raso del grupo de no estar comprometido en otras conductas de mayor gravedad, por lo que implicaba una renuncia del Estado a su deber de investigación, judicialización y sanción de las

⁵ Aunque existen algunas sobre las que podría plantearse su utilidad, se descartan teniendo en cuenta otros elementos de análisis. Por ejemplo, la causal primera establece la procedencia siempre que se haya reparado a la víctima, no obstante, su desarrollo jurisprudencial ha decantado con mucho rigor lo relativo a la reparación con criterios que parecieran no corresponder con los estándares de reparación colectiva establecidos en el PL. Así mismo, la causal 4 se refiere a la colaboración, pero se refiere de forma expresa a la “desarticulación de bandas de delincuencia organizada”. La causal 7 se refiere a la suspensión del procedimiento a prueba en el marco de la justicia restaurativa, pero igualmente su desarrollo jurisprudencial pareciera no ajustarse a las condiciones del PL.

graves violaciones a los DDH.HH e infracciones al DIH en las que hubieran podido incurrir.⁶

Así, la eventual aplicación del principio de oportunidad sólo sería posible previo cumplimiento de las obligaciones del Estado en materia de investigación, judicialización y sanción de las graves violaciones a los derechos humanos e infracciones al DIH.

La versión actual del PL no asegura el cumplimiento de dicha obligación, ya que consagra el beneficio de forma separada y sin relación con la etapa de investigación que debe adelantar la Fiscalía. Para no caer en el mismo vicio de inconstitucionalidad, la procedencia del principio de oportunidad respecto de ese grupo de miembros de GAO y GAOML sólo puede darse cuando, producto de la investigación macrocriminal de la estructura, se identifica qué personas sólo podían ser considerados responsables de los delitos derivados de su pertenencia.

En suma, se considere necesario que: i) se cree la causal de principio de oportunidad específica, ii) se condicione de forma expresa su procedencia al resultado de la etapa de investigación macrocriminal de la Fiscalía General de la Nación y, iii) como mecanismo de sometimiento a la justicia.

2.4. Consulta previa, derechos de los pueblos indígenas y articulación con las justicias propias

La Corte Constitucional ha declarado de manera uniforme y sistemática que toda norma con afectación directa a los pueblos étnicos debe someterse a consulta previa, libre e informada.

En la Sentencia C-461 de 08 se precisó que dicha afectación puede derivar tanto de normas especiales como de disposiciones puntuales incorporadas en una norma de carácter general. Por su parte, la sentencia C-943 de 2012 aclaró que la obligación de consultar no requiere una mención explícita, sino que surge materialmente del contenido de la norma.⁷ Según la Corte, la ausencia de consulta

⁶ “Advierte la Corte que condicionar la concesión del beneficio a una declaración juramentada del imputado o acusado, en el sentido que no ha sido autor o partícipe de delitos graves, representa una clara renuncia del Estado a la investigación dejando librada a la voluntad, al interés y a la conveniencia del desmovilizado la definición del alcance de su compromiso punitivo en los crímenes atribuidos a la organización. Se parte de una especie de presunción, acerca de que se trata de miembros de los grupos ilegales armados que por su ubicación en la base de la organización (miembros rasos) no pueden ser considerados como autores o partícipes de las múltiples y graves violaciones a los derechos humanos e infracciones al derecho internacional humanitario (...)”

⁷ La sentencia C-366/11 definió los criterios para identificar la afectación directa, a saber: i) Materias constitucionalmente reservadas a la consulta; ii) Temas vinculados a la identidad particular de pueblos étnicos, y iii) Regulación sistemática de

previa configura un vicio de procedimiento que torna inexecutable la norma ya sea mediante acción pública de inconstitucionalidad o control automático constitucional.

El Proyecto de Ley afecta directamente los pueblos étnicos pues, aunque su aplicabilidad inicial se proyecta hacia el conjunto de la población beneficiaria, dado que un porcentaje significativo de las víctimas y de los procesos de paz actuales se adelantan en territorios con importante presencia de estos pueblos, los preceptos de participación y protección colectiva obligan a someter la totalidad del texto legal al riguroso escrutinio de las autoridades y organizaciones étnicas.^{8[2]}

Para garantizar la plena armonía de la propuesta legislativa con el ordenamiento constitucional, y en particular con los principios de progresividad y la prohibición de regresividad, resulta indispensable someterla a consulta previa a fin de que integre expresamente medidas que protejan los avances en materia de:

- Derechos al autorreconocimiento y a la identidad étnica cultural. Atendiendo a que tanto personas sometidas al régimen como posibles víctimas pueden tener pertenencia étnica, la norma debe incorporar un marco jurídico que respete el autorreconocimiento y la identidad étnica y cultural en cada etapa del proceso. En tal sentido, resulta imperativo: i) reconocer el uso de los idiomas oficiales de los pueblos étnicos en todas las actuaciones; ii) asegurar el acceso a traductores e intérpretes previamente acreditados por las autoridades étnicas, y iii) resguardar el ejercicio del autorreconocimiento de los sujetos procesales, posibilitando la declaración de identidad colectiva en cualquier etapa procesal.
- Justicia transformadora. No resulta suficiente la referencia a enfoque diferenciales para implementación de justicia territorial y transformadora, como se identifica en el artículo 12, por cuanto dicha configuración abstracta contraviene los principios de progresividad y prohibición de regresividad consagrados en el artículo 32 del Decreto Ley 4633 de 2011, al diluir los estándares y garantías. Para subsanarlo, se sugiere definir principios que garanticen la aplicación de la categoría de justicia transformadora en el proceso judicial.

elementos que configuran la identidad cultural, de modo que una omisión o déficit normativo pueda generar discriminación o vacíos de protección.

⁸ Resulta pertinente recordar que el marco jurídico de la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP) fue objeto de consulta previa y rigurosa revisión. Dicha revisión comprendió la Ley Estatutaria 1957 de 2019, el Reglamento Interno establecido por el Acuerdo 001 de 2020 y el Protocolo de Coordinación Interjurisdiccional entre la JEP y la Jurisdicción Especial Indígena (JEI) (Protocolo 001 de 2019 de la Comisión Étnica).

- Garantías para integrantes de actores armados no estatales con pertenencia étnica. La norma debe prever, de manera expresa, la vinculación de los regímenes transicional y de sometimiento con los Programas Especiales de Armonización previamente consultados con los pueblos indígenas, afrodescendiente y negro. Estos programas fueron concebidos como equivalentes étnicos de los procesos de reintegración, reintegración especial y reincorporación actualmente vigentes, y se diseñaron para su aplicación en futuros mecanismos de paz.
- Garantías para las víctimas. Los artículos 15 a 18 del proyecto de ley reglamentan de manera genérica la participación, el reconocimiento y las garantías de las víctimas. Sin embargo, resulta imprescindible incorporar de forma explícita los estándares ya desarrollados en los Decretos Ley 4633, 4634 y 4635 de 2011. Estas normas establecen los referentes diferenciales para la acreditación de víctimas con pertenencia étnica, sus mecanismos de participación y las rutas de reparación colectiva.
- Enfoque de mujer familia y generación. Para atender cabalmente la interseccionalidad y los elevados niveles de riesgo y vulnerabilidad que enfrentan las víctimas con pertenencia étnica, resulta indispensable que los artículos 10, 19 y 20 establezcan de manera expresa la obligación de integrar el enfoque interseccional de mujer, familia y generación, de modo que se identifiquen y atiendan las necesidades particulares de mujeres, niñas, niños, jóvenes y mayores de los pueblos étnicos. De igual forma, el artículo 19 debe contemplar un tratamiento procesal diferenciado de las víctimas de violencia sexual con pertenencia étnica, incorporando protocolos de atención culturalmente pertinentes que articulen sistemas espirituales y de sanación, imponiendo la formación obligatoria de los operadores de justicia en los contextos culturales y territoriales étnicos, y definiendo mecanismos claros para prevenir la revictimización, en coordinación con los pueblos.
- Estructuras de imputación y priorización. En cuanto a los artículos 5 y 6 del proyecto de ley, resulta imperativo incorporar un enfoque que permita reconocer y ponderar el impacto singular del conflicto armado sobre los pueblos étnicos, especialmente en lo relativo al riesgo de exterminio físico y cultural y al menoscabo de sus derechos fundamentales y colectivos. Este estándar se encuentra respaldado por la jurisprudencia constitucional, el Convenio 169 de la OIT, la Convención Internacional para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial y demás instrumentos aplicables.

- Respeto al ejercicio de gobierno propio y coordinación con los sistemas de justicia propia. En materia de respeto al ejercicio de gobierno propio, el proyecto adolece de toda referencia a los mecanismos de articulación y coordinación necesarios cuando las pruebas se deban practicar o las audiencias se desarrollen en territorios de pueblos étnicos. Así mismo, el proyecto omite el deber de adelantar consulta previa sobre los mecanismos de coordinación con la Jurisdicción Especial Indígena. Tampoco contempla protocolos que garanticen la aplicación coherente de los enfoques de justicia transformadora, los mecanismos de sanción propia y los procesos de armonización y sanación definidos por cada pueblo cuando la restricción efectiva de la libertad se materialice en territorios étnicos. Por último, debe incorporarse la obligación de establecer mecanismos de coordinación y articulación con las autoridades propias para el monitoreo y la evaluación permanentes del tratamiento penal en dichos centros, de modo que se respete la autonomía jurisdiccional étnica y se asegure la eficacia, legitimidad y pertinencia cultural de las medidas aplicadas.
- Alcance y naturaleza de la reparación integral étnica. En materia de alcance y naturaleza del incidente de reparación con enfoque territorial, la norma debe establecer de manera expresa que las sanciones impuestas en los regímenes de justicia transicional y de sometimiento deben contribuir a garantizar tanto la permanencia física como la pervivencia cultural de los pueblos étnicos, en coherencia con sus planes de vida, planes de etnodesarrollo y autodeterminación. Cuando dichas medidas recaigan sobre pueblos étnicos, el proyecto de ejecución de la reparación deberá articularse con sus sistemas propios, de modo que el efecto reparador refuerce la cohesión social, las garantías territoriales, el gobierno propio, la autonomía y la identidad cultural.

En atención al análisis efectuado, se concluye que el Proyecto de Ley incorpora disposiciones que impactan de manera directa, específica y diferenciada los derechos colectivos de los pueblos indígenas, afrodescendientes, negros, palenqueros, raizales y Rrom, sin atender los estándares de consulta previa, progresividad y prohibición de regresividad exigidos por la Constitución y los instrumentos internacionales. La reiteración de referencias genéricas, la superposición de materias y la omisión de protocolos de articulación con los sistemas de justicia propia y de salvaguarda del gobierno propio ponen en riesgo la autonomía, la integridad cultural y la legitimidad de los procesos sancionatorios y reparadores.

De este modo, el proyecto, en su redacción actual, carece de las garantías mínimas para evitar la discrecionalidad política, la revictimización y la fragmentación normativa que han sido reiteradamente sancionadas por la Corte Constitucional. Estas garantías deben incorporarse en su contenido, lo cual supone, además, la necesidad de adelantar un proceso de consulta previa con las autoridades y organizaciones étnicas. De lo contrario, de ser aprobado el proyecto de ley, se corre el riesgo de que no pueda ser implementado adecuadamente para los pueblos étnicos, lo cual le restaría eficacia. Por tal razón, dichos contenidos deben ser incluidos y sometidos a consulta previa.

Por último, a lo largo de este concepto, se hará referencia a la posible inconstitucionalidad de dos aspectos adicionales. De una parte, la del parágrafo del artículo 28 del PL que limita la autonomía judicial (acápite 3.6). De otra parte, la de la inclusión en el proyecto de ley de tratamientos penales especiales para personas procesadas con ocasión del ejercicio de la protesta social (acápite 5).

3. ASPECTOS PARA FORTALECER Y PROPUESTAS

A continuación, se presentan, en bloques temáticos, cuestiones que deben fortalecerse en el proyecto de ley.

3.1. Derechos de las víctimas a la reparación y mecanismos de restauración

El PL propone un enfoque restaurativo para los procedimientos -“orientado a la reparación colectiva del daño causado y a la restauración colectiva de las víctimas” (art. 10)- y un enfoque de justicia territorial restaurativa para procedimientos, tratamientos penales especiales y acuerdos para el desmantelamiento -bajo el cual estos se orientan a “la transformación de los territorios, la reparación colectiva de las víctimas a la reintegración efectiva y a la prevención (...)” (art. 11)-. Sin embargo, en las disposiciones procesales sobre las penas y sus condiciones de cumplimiento no es claro cómo se implementan efectivamente estos enfoques.

En primer lugar, no hay una definición clara del alcance de la reparación colectiva en el proyecto, por ejemplo, a quiénes se dirige, qué tipo de medidas pueden incluirse, quién responde y en qué medida por el cumplimiento de las medidas, y cuál es alcance del aporte que debe hacer la persona desmovilizada. Además, resulta difusa la distinción entre la reparación colectiva y las medidas restaurativas.

En segundo lugar, el proyecto no contiene medidas que materialicen efectivamente el enfoque restaurativo a nivel procesal, ni en la pena misma. No se observa que el proceso permita generar las condiciones para que, desde una perspectiva restaurativa, las víctimas y los integrantes de los GAOML y GAO puedan acordar mediante el diálogo soluciones reparadoras al finalizar el proceso en el marco del incidente de reparación colectiva, como lo prevé el PL.

En el caso de las EAOCAI es aún más complejo, pues el proceso no contempla escenarios de construcción de medidas restaurativas o de reparación. El acuerdo de desmantelamiento que deben suscribir los jefes de las estructuras con la Fiscalía debe incluir un plan de reparación colectiva desde el inicio (art. 35), y este no vincula a las víctimas porque es pre-procesal. Además, la colaboración eficaz, que habilita el acceso al tratamiento penal diferenciado, exige que los beneficiarios participen activamente en mecanismos de justicia restaurativa (art. 36) que no están definidos claramente en el PL.

En tercer lugar, no se precisa el momento en que la persona desmovilizada debe contribuir a la reparación colectiva. Por ejemplo, para los GAOML y GAO no es claro si se puede contribuir a la reparación colectiva durante la medida de aseguramiento, durante la pena alternativa, con posterioridad a su cumplimiento, o en varias de estas etapas. La pena se define antes de la decisión sobre el incidente de reparación colectiva, por lo que en la sentencia no podría definirse plenamente cómo contribuye la persona condenada a la reparación durante la pena definida.

En el caso de las EAOCAI, es aún más incierta la forma en que pueden operar tanto la reparación colectiva como las medidas restaurativas a las víctimas de la estructura. Para la definición de la pena a imponer, se valora, entre otros elementos, el aporte a la reparación colectiva (art. 37). En particular, sobre la contribución a los derechos de las víctimas, se señala que esta puede incluir: “actividades judiciales y extrajudiciales en materia de búsqueda de personas desaparecidas, transformación territorial, aporte de bienes para la reparación colectiva, entre otras” (art. 37, parágrafo 2). La contribución a la reparación colectiva es también un requisito para el acceso a la libertad condicional (art. 38). Sin embargo, no es claro cómo ni en qué momento procesal se realizarían estas contribuciones o si se realizaría un incidente de reparación individual conforme a la Ley 906.

En cuarto lugar, el proyecto no dispone mecanismos y parámetros de verificación de las contribuciones restaurativas o a la reparación previas a la sentencia o que se desarrollen en cumplimiento de lo definido en el incidente de reparación

colectiva de GAO y GAOML o en los planes de reparación colectiva propuestos por las EAOCAI.

En quinto lugar, si bien el PL propone que el Gobierno nacional reglamente la articulación de los mecanismos de planeación territorial existentes con la participación de las personas desmovilizadas en actividades restaurativas (art. 49), esto demanda un diseño y alistamiento institucional complejo. En el caso de la JEP, la puesta en marcha del sistema restaurativo para la implementación de las sanciones propias ha tenido retos importantes y ha tomado más tiempo del esperado. La adecuada definición de estos elementos del diseño institucional del modelo transicional propuesto por el PL es esencial para que pueda ser exitoso y generar resultados adecuados oportunamente.

En sexto lugar, el artículo 10 sobre el enfoque de justicia restaurativa hace una enumeración sobre los posibles grupos de personas que pueden llegar a tener algún enfoque de justicia restaurativa para la reparación del daño colectivo de tipo diferencial y se enumeran una serie de grupos vulnerables como, por ejemplo, los pueblos indígenas, las comunidades afrodescendientes y otros grupos étnicamente diferenciados, las comunidades religiosas, los campesinos, las personas en situación de pobreza, las personas con discapacidad o diversidad funcional, las personas desplazadas y refugiadas, las niñas, niños y adolescentes, la población LGBTIQ+ y las personas mayores.

Aunque estos grupos resultan importantes para la reparación colectiva, pueden existir otros colectivos no referenciados en la enumeración. Por esta razón, se recomienda incluir la palabra “entre otros”, para que la enumeración no se entienda como taxativa y excluyente de otros grupos vulnerables que puedan ser objeto de la justicia restaurativa. No se incluye, por ejemplo, el enfoque de daños a la naturaleza o ambientales, a pesar de que, en la jurisprudencia constitucional, administrativa y en la de la JEP este tipo de daños ha tenido importantes desarrollos.

En séptimo lugar, como se dijo al inicio de este concepto, el proyecto de ley elude afrontar como se garantizaría el estándar de reparación individual. Lo que preocupa especialmente teniendo en cuenta que para las víctimas de criminalidad organizada no hay un programa de reparación administrativa. E incluso para las víctimas del conflicto armado, la ley de víctimas sigue sin tener un plan de financiación que responda al universo de víctimas y el proyecto de ley omite afrontar este problema.

Finalmente, es necesario que el PL establezca de forma expresa que los bienes que deberán ser entregados por parte de las personas sometidas a los procedimientos establecidos en la ley, deben estar saneados y, en esa medida, deben resultar aptos para la reparación de las víctimas. Con dicha disposición, se buscaría evitar que se dé por cumplidas las obligaciones para la concesión de beneficios con la entrega, ofrecimiento o denuncia de bienes que no resultan aptos para la reparación, tales como bienes en alto grado de deterioro, o sobre los que pesan vicios o litigios jurídicos que no permitan su utilización pronta para ese fin o la pongan en duda razonable.

3.2. Participación de las víctimas

Según el proyecto de ley, se otorgaría a las víctimas la calidad de interviniente especial, según los estándares nacionales e internacionales sobre la materia (art. 17). En particular, se señala que las víctimas pueden participar en los momentos establecidos por la ley y que se puede disponer la participación colectiva bajo representantes comunes. Adicionalmente, la Procuraduría General de la Nación (PGN) y la Defensoría deben promover los mecanismos de organización y participación colectiva de las víctimas en los casos de macrovictimización (art. 15).

En los procesos relativos a la GAOML, las víctimas podrían presentar información escrita relevante y aportar elementos materiales probatorios durante la investigación (art. 27, pár. 2); recibían el traslado del escrito de acusación por término de 2 meses antes de la audiencia concentrada para presentación de observaciones (art. 29); podrían presentar pretensiones de reparación colectiva con enfoque territorial en la audiencia concentrada (art. 30); podrían solicitar la apertura del incidente de reparación integral colectivo con posterioridad a la sentencia y presentar pretensiones, formas de reparación colectiva y pruebas (art. 33); y podrían participar en un diálogo en la audiencia del incidente de reparación integral colectivo para llegar a acuerdos y definir medidas de reparación colectiva con enfoque territorial (art. 33).

En los procesos de sometimiento de las EAOCAI, las víctimas pueden solicitar audiencia pública de revocatoria de beneficios o terminación del proceso judicial (art. 40). Adicionalmente, los artículos 19 y 20 contemplan garantías diferenciadas de participación para víctimas de violencia sexual y NNA, respectivamente.

Revisado lo anterior, el PL no contiene garantías suficientes para la participación de las víctimas en los procesos para la determinación de las responsabilidades, sanciones y formas de reparación.

En primer lugar, sobre la participación en general, se observa que algunas oportunidades de participación tienen desarrollo procesal insuficiente o que son materialmente insuficientes para hacer efectivo un enfoque restaurativo, especialmente en el caso de EAOCAI. Respecto a algunas decisiones relevantes, no se establece la posibilidad de presentar recursos o se restringe la participación por parte de las víctimas. Si bien hay una remisión subsidiaria a la Ley 906, por tratarse de procesos diferenciados para el acceso a tratamientos penales especiales, orientados bajo un enfoque restaurativo y de macrocriminalidad, se requiere mayor desarrollo y especificidad. Lo anterior evita la acción con daño por crear situaciones en las que se genera una expectativa de participación de las víctimas cuya satisfacción resulta inviable en un escenario de macrocriminalidad, incluso bajo un enfoque restaurativo.

En segundo lugar, en relación con la participación efectiva de niñas, niños y adolescentes víctimas, es necesario garantizar espacios de participación de menores de edad en su calidad de víctimas, para que puedan tomar parte en las diferentes medidas y acciones que permitan garantizar sus derechos a la verdad, justicia, reparación y garantías de no repetición. El PL debe reconocer a la infancia y la adolescencia como sujetos políticos, de manera que su voz pueda tener eco en todos los escenarios en donde sus derechos puedan verse involucrados, garantizando condiciones de igualdad. Para ello, se sugiere que el artículo 20 del PL especifique las garantías de participación de NNA en el proceso mediante defensor de familia, apoderado de confianza o sistema de defensoría pública.

En tercer lugar, en relación con los derechos de las víctimas en casos de violencia sexual, es necesario ampliar el contenido del artículo 19 del PL. El marco normativo internacional, constitucional y legal sobre la materia es mucho más desarrollado. Por ejemplo, el artículo 13 de la Ley 1719 de 2014 y la cláusula remisorio del parágrafo del artículo 72 Ley 1922 de 2018 ofrecen un marco más completo que puede servir de referencia. En ese sentido, se sugiere modificar el artículo 19 para desarrollarlo conforme a los estándares mencionados.

Ahora bien, es importante recoger la experiencia de los mecanismos de justicia que se han implementado en Colombia respecto de hechos de violencia sistemática y generalizada. Dado que la victimización es masiva, la participación de las víctimas, también masiva dificulta la gestión del proceso en términos de agilidad. De otro lado, la participación procesal es un derecho de las víctimas y una condición de legitimidad de estos procesos. Balancear el interés de máxima participación de las víctimas con el de eficacia procesal es un reto que no es nuevo para la justicia colombiana. Al respecto, el proyecto de ley estipula en el artículo

15 la figura de los “representantes comunes” para la agencia colectiva de los derechos. También establece el rol de la Defensoría y de la Procuraduría de promover los mecanismos de participación de víctimas. Sin embargo, se recomienda establecer la obligatoriedad de la figura de representación común y regular de manera más precisa las condiciones de participación colectiva. La definición de mecanismos concretos que establezcan las condiciones de participación común podrá redundar en no crear falsas expectativas para las víctimas relacionadas con el abordaje caso a caso en los procesos -compatible con el enfoque de investigación macrocriminal- y en la eficacia y legitimidad del proceso.

3.3. Derecho a la verdad de las víctimas y la sociedad

El PL establece el uso obligatorio del mecanismo no judicial de contribución a la verdad y a la memoria histórica del Centro Nacional de Memoria Histórica (CNMH) en todos los procedimientos de desmantelamiento, sometimiento a la justicia y acuerdos de paz. Además, señala que corresponde a la autoridad judicial verificar la suscripción del acuerdo de contribución a la verdad histórica y reparación y la participación efectiva en el mismo (art. 14). Posteriormente, establece el deber de participar en el mecanismo para quienes accedan al tratamiento penal especial transicional para GAO y GAOML (art. 24, párrafo 2) y a los beneficios para colaboración eficaz (artículo 36, párrafo 3).

En primer lugar, el PL debe revisar la posibilidad de incorporar ajustes al mecanismo no judicial de contribución a la verdad y la memoria histórica, con ocasión del uso obligatorio para todas las personas judicializadas bajo el PL.

Antes de la modificación de la Ley 1424 de 2010, a través del artículo 13 de la Ley 2294 de 2023 que permitió su uso en procesos de paz diferentes al de justicia y paz, el mecanismo estaba previsto exclusivamente para integrantes de GAOML, no responsables de crímenes graves, en el marco de la justicia transicional. Como lo señaló la Corte Constitucional en la sentencia C-711 de 2011, los destinatarios de la ley eran personas desmovilizadas de GAOML que hubiesen cometido uno o más de los delitos dispuestos en el artículo 1, en tanto la ley

buscaba ofrecer una alternativa a los así llamados combatientes rasos, es decir, a aquellas personas cuyo accionar delictivo se limita a su pertenencia al grupo ilegal y a las demás acciones inherentes o necesariamente relacionadas con ella, sin haber cometido otras conductas punibles.

Sin embargo, es necesario incluir ajustes adicionales al mecanismo para garantizar su operatividad en este nuevo escenario, tales como:

- Ampliación del ámbito de aplicación de los acuerdos de contribución a la verdad y la reparación histórica (art. 2, Ley 1424 de 2010) y el mecanismo no judicial de contribución a la verdad y la memoria histórica (art. 4, Ley 1424 de 2010), sin perjuicio del crimen cometido y de la vinculación a EAOCAI, GAO o GAOML, cuando se trate de personas desmovilizadas en las condiciones previstas por el PL.
- Estrategias de priorización para organizar los esfuerzos y recursos para la suscripción e implementación de acuerdos y mecanismos, compatibles con las estrategias de priorización de la investigación y judicialización penal. Los mecanismos extrajudiciales en la justicia transicional deben complementar la verdad judicial para garantizar una mayor satisfacción de derechos de las víctimas frente a procesos judiciales que no podrán, por capacidad y tiempo, cumplir con todas las expectativas. Al tener los procesos judiciales del PL un enfoque macrocriminal, se debe indicar, en lógica de sistema, cuál será el enfoque del mecanismo de verdad.
- Entre otros, se recomienda que el mecanismo tenga un foco en las causas del rearme, reciclaje, o continuidad de la violencia armada después de varios acuerdos de paz y sistemas de justicia transicional.
- Especificidad de restricciones relacionadas con los beneficios jurídicos de los artículos 6 y 7 de la Ley 1424 de 2010⁹.

⁹ Artículo 6°. Medidas especiales respecto de la Libertad. “Una vez el desmovilizado haya manifestado su compromiso con el proceso de reintegración a la sociedad y con la contribución al esclarecimiento de la conformación de los grupos organizados al margen de la ley a los que se refiere la presente ley, el contexto general de su participación y todos los hechos o actuaciones de que tengan conocimiento en razón a su pertenencia, la autoridad judicial competente, decretará a petición del Gobierno Nacional, a través de la Alta Consejería para la Reintegración o quien haga sus veces, dentro de los diez días siguientes a la presentación de la solicitud, la suspensión de las órdenes de captura proferidas en contra de desmovilizados de grupos armados organizados al margen de la ley, incurso en los delitos que se establecen en el artículo 1° de la presente ley, siempre que estas hayan sido proferidas con fundamento únicamente por esas conductas y concurra el cumplimiento de los siguientes requisitos:

1. Encontrarse vinculado al proceso de Reintegración Social y Económica dispuesto por el Gobierno Nacional.
2. Estar cumpliendo su ruta de reintegración o haber culminado satisfactoriamente este proceso.
3. No haber sido condenado por delitos dolosos cometidos con posterioridad a la fecha en que haya sido certificada su desmovilización.

Lo aquí previsto también se aplicará para solicitar a la autoridad judicial competente, que conozca de actuaciones en contra de los beneficiarios de la presente ley, que se abstenga de proferir orden de captura.

Mediante auto de sustanciación la autoridad competente, comunicará a las partes e intervinientes acreditados en el proceso, la solicitud de suspensión de la orden de captura a la que hace referencia este artículo, en contra del cual no procede recurso alguno. Por su parte, la decisión frente a la solicitud de suspensión de orden de captura será notificada a los mismos.

Parágrafo. La autoridad judicial prescindirá de la imposición de la medida de aseguramiento, cuando el desmovilizado beneficiario, únicamente haya incurrido en los delitos señalados en el artículo 1° de la presente ley, siempre y cuando haya cumplido con los requisitos contemplados en los numerales 1, 2 y 3 del presente artículo”.

- Mecanismos de verificación del uso y participación efectiva en el mecanismo, en articulación con el CNMH, por parte de las autoridades judiciales competentes en el marco del PL.
- Finalmente, las medidas adecuación institucional previstas en el artículo 50 deben incluir el fortalecimiento del CNMH, que sería responsable de implementar los acuerdos de contribución para todas las personas desmovilizadas de GAOML, GAO y EAOCAI, lo que amplía considerablemente su universo de participantes.

3.4. Límites temporales de la investigación y judicialización

El artículo 21 del PL establece que en el marco de la investigación y judicialización de personas desmovilizadas de GAOML y GAO, las autoridades judiciales conocerán hechos cometidos entre el 1 de enero de 1990 y la fecha de desmovilización. Al respecto, no es claro cuál es el foco temporal de los mecanismos si se tiene en cuenta la posible fecha de conformación de estos grupos.

El PL no define, ni necesariamente debe hacerlo, los grupos armados que participan en el conflicto armado que serían eventuales beneficiarios de las

Artículo 7°. Suspensión condicional de la ejecución de la pena y medidas de reparación. “La autoridad judicial competente decidirá, de conformidad con los requisitos establecidos en la presente ley, a petición del Gobierno Nacional, a través de la Alta Consejería para la Reintegración o quien haga sus veces, la suspensión condicional de la ejecución de la pena por un período equivalente a la mitad de la condena establecida en la Sentencia, una vez se verifique el cumplimiento de los siguientes requisitos:

1. Haber suscrito el Acuerdo de Contribución a la verdad y la Reparación, así como estar vinculado al proceso de reintegración social y económica dispuesto por el Gobierno Nacional y estar cumpliendo su ruta de reintegración o haber culminado satisfactoriamente dicho proceso.
2. Ejecutar actividades de servicio social con las comunidades que los acojan en el marco del proceso de reintegración ofrecido por el Gobierno Nacional.
3. Reparar integralmente los daños ocasionados con los delitos por los cuales fue condenado dentro del marco de la presente ley, a menos que se demuestre que está en imposibilidad económica de hacerlo.
4. No haber sido condenado por delitos dolosos cometidos con posterioridad a la fecha en que haya sido certificada su desmovilización.
5. Observar buena conducta en el marco del proceso de reintegración.

Mediante auto de sustanciación a la autoridad competente, comunicará a las partes e intervinientes acreditados en el proceso, la solicitud de suspensión condicional de la ejecución de la pena a la que hace referencia este artículo, en contra del cual no procede recurso alguno. Por su parte, la decisión frente a la solicitud de suspensión condicional de la ejecución de la pena será notificada a los mismos.

Parágrafo 1°. La suspensión condicional de la pena principal conllevará también la suspensión de las penas accesorias que correspondan. La custodia y vigilancia de la ejecución de la pena seguirá siendo competencia del funcionario judicial y del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (Inpec), en los términos del Código Penitenciario y Carcelario.

Parágrafo 2°. Transcurrido el periodo de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, sin que el condenado incumpla las obligaciones de que trata el presente artículo, la pena quedará extinguida previa decisión judicial que así lo determine”.

medidas allí contempladas. Sin embargo, una primera aproximación a ellos muestra que la fecha parece arbitraria.

En efecto:

- El Ejército de Liberación Nacional - ELN, se conformó en 1964, igual fecha podría servir de referencia para los “Comuneros del Sur”, grupo armado que resultó de su fraccionamiento del ELN.
- El Clan del Golfo, hoy autodenominado “Ejército Gaitanista de Colombia”, se habría conformado hacia el año 2007, después de la desmovilización de las Autodefensas Unidas de Colombia.
- Los grupos de disidencia y desertores de las FARC-EP, entre los que se encuentra los autodenominados grupos “Estado Mayor de los Frentes y el Bloque” y “Coordinadora Nacional Ejército Bolivariano”, se conformaron con posterioridad al cierre del conflicto armado con las FARC-EP, después de 2016.

En estas circunstancias surgen dos dudas fundamentales. En primer lugar, la fecha, a diferencia de otras fechas determinadas por ejemplo en la ley de víctimas y en la regulación de la JEP, no está atada a un hecho histórico particular que permita justificar una diferenciación con víctimas de hechos cometidos por GAO y GAOML con anterioridad a 1990. Al ser diferentes grupos armados los destinatarios de la ley, con diferentes fechas de conformación y con un alto nivel de fragmentación y dinamismo, y al orientarse la investigación al hecho total de la organización armada, no se encuentra sentido a establecer una fecha única.

En segundo lugar, como se expuso antes, quienes hayan desertado de procesos anteriores de paz que están siendo judicializados por justicia y paz y por la JEP, no podrían entrar en nuevos procesos de justicia transicional, sino que únicamente les resta el sometimiento.

Además, si comparecieron a justicia y paz o la JEP y fueron expulsados de allí, respecto de los hechos judicializados por dichas instancias, no podrían aspirar a rebajas adicionales por los mismos hechos. Esto por cuanto se desconocería el régimen jurídico que condicionó el acceso a los beneficios penales a su compromiso de no reincidir en dinámicas de conflicto armado y violencia organizada. Es decir, se vulneraría el derecho constitucional a las garantías de no repetición. Respecto de hechos posteriores a su desmovilización de las AUC o de las FARC, todos serían posteriores a 1990: 2007 en el caso de quienes fueron miembros de las AUC o 2016 para quienes fueron miembros de las FARC.

Por otro lado, no es claro en el caso que una persona haya pertenecido a diferentes organizaciones armadas y siendo que las imputaciones se deben realizar en lógica de hecho total y doble imputación -a la organización y a la persona-, como se conocerían bajo este modelo los hechos cometidos por esa persona bajo otras organizaciones armadas, sobre las cuales tienen competencias los otros mecanismos: justicia y paz y la JEP. Si la intención es dar cierre a la situación jurídica de quienes han sido postulados o comparecientes de otras jurisdicciones, se deberían diseñar rutas interjurisdiccionales que permitan hacerlo y que resulten coherentes con el sistema de beneficios penales y su condicionalidad, especialmente en materia de garantías de no repetición.

Por lo anterior, se sugiere que la competencia temporal se limite solamente hacia adelante (fecha de desmovilización), como ha ocurrido con otros mecanismos transicionales. Lo anterior no excluiría la posibilidad de que las autoridades judiciales, en el marco de su autonomía, puedan tomar decisiones sobre la temporalidad de los patrones de macrocriminalidad en los que se enfoque la investigación y judicialización. Asimismo, se recomienda incluir una cláusula específica que determine que quienes fueron expulsados de Justicia y Paz o de la JEP, deberán enfrentar las consecuencias penales por su reincidencia en la violencia armada que sean proporcionales con el sistema de penas y condiciones de cada uno de esos regímenes.

3.5. Retos de la investigación desde un enfoque macrocriminal del hecho total y la doble imputación

El PL propone la implementación de figuras dogmáticas, como la “doble imputación”, el “hecho total” y la posición de garante por creación de organización criminal o impartición de instrucciones, así como una comprensión de máximo responsable distinta a la previamente consolidada a nivel nacional. Estas figuras parecerían buscar ofrecer a los operadores judiciales herramientas que faciliten la imputación y respondan a las necesidades en la materia cuando se abordan estructuras criminales organizadas y fenómenos macrocriminales, que no pueden ser tratados adecuadamente mediante las fórmulas de imputación tradicionales.

Si bien no se pone en duda la necesidad de continuar mejorando el enfoque de macrocriminalidad y la superación del enfoque caso a caso, se plantean las siguientes preocupaciones:

- Su imposición a través de su positivización -no su uso- podría suponer una restricción innecesaria de la autonomía judicial en la valoración y uso de las categorías dogmáticas y estructuras de imputación.

- El proyecto no ofrece una definición clara y precisa de las figuras de “doble imputación” y “hecho total”. Esto no permite dimensionar adecuadamente la forma en que se aplicarán y su impacto. Se trata de figuras dogmáticas de la doctrina penal alemana, que se alejan de la tradición jurídica colombiana desarrollada hasta el momento. Así las cosas, se requeriría contar con una conceptualización clara para poder determinar qué ventajas o diferencias supone el uso de la doble imputación y el hecho total frente a las estructuras de imputación usadas hasta ahora por la JEP, Justicia y Paz y la justicia ordinaria en aplicación de un enfoque macrocriminal.
- El PL determina la posición de garante desde un enfoque que se centra en el rol de la persona en la creación o en la dirección del funcionamiento de la organización criminal (arts. 6 y 8). Lo anterior advierte retos en su aplicación en atención a la forma de operación de los grupos armados en la actualidad, su fragmentación en redes y la inexistencia de estructuras de mando unificadas, y, especialmente, el valor de sus aportes en el desarrollo de patrones de macrocriminalidad. Si bien el criterio de jerarquía juega un rol central en la determinación de los máximos responsables, su caracterización desarrollada a nivel nacional e internacional incluye el rol capacidad de decisión en el plan criminal o patrón criminal y la participación determinante en su ejecución. El concepto propuesto por el PL deja de lado el análisis de la participación determinante, e incluso está más centrado en la organización misma que en los patrones de criminalidad.
- Restringir el concepto de garante únicamente a la del “dirigente” (arts. 6 y 8), deja por fuera de su consideración como tal a los colaboradores quien, por definición, también pueden crear con sus acciones riesgos jurídicamente desaprobados (injerencia). En esa medida, resulta necesario que se establezcan cuáles son los criterios jurídicos necesarios para llevar a cabo la transferencia del injusto individual al injusto colectivo en los casos de quienes no son dirigentes.
- No queda claro si el uso de la posición de garante en el PL guarda o no relación con la limitación de su aplicación establecida en el parágrafo del artículo 25 de la Ley 599 de 2000, únicamente a las conductas relacionadas con afectaciones a la vida e integridad personal, la libertad individual y la libertad y formación sexuales. En esa medida, es preciso que se especifique si se trata de una excepción a dicha limitación y, en consecuencia, debería realizarse la modificación normativa respectiva al Código Penal.

3.6. Libertad condicional y medidas de aseguramiento

Resulta impertinente la concesión de la libertad condicional de forma automática respecto de los integrantes de los GAO que lleven actualmente privados de la libertad más de 5 años, sin más requisito que haber firmado el acta de aceptación. Lo anterior, además, sin que se conozca aún si estas personas podrán ser o no de aquellas llamadas a ser considerada máximos responsables y, en esa medida, a ser condenados a una pena alternativa hasta de 8 años.

Así mismo, el artículo 28 del PL establece que las personas podrán ser objeto de medidas de aseguramiento a solicitud de la Fiscalía, así como que tal petición será vinculante para el Juez de Control de Garantías (parágrafo). De igual modo, se señala que “[l]a detención preventiva podrá cumplirse en los lugares donde se cumplirán las penas alternativas”.

En relación con este punto, es inconveniente que, si la Fiscalía advierte que una persona es un peligro para la comunidad, para las víctimas o representa riesgo de fuga, se permita su privación de la libertad en lugares distintos a centros de reclusión (en espacios rurales o urbanos para la construcción de la paz y la transformación territorial, así como en colonias agrícolas o centros de armonización, diferentes a los establecimientos del sistema penitenciario vigente” (art. 23).

En el mismo sentido, puede resultar inconstitucional la disposición del parágrafo del artículo 28 que establece el carácter vinculante para la autoridad judicial de la solicitud de medida de aseguramiento que presenta la Fiscalía. Lo anterior, pues limita de manera las competencias e independencia judiciales. Asimismo, se recomienda fortalecer la participación de las víctimas estableciendo su facultad de solicitar la imposición de medida de aseguramiento.

3.7. Situación de niños, niñas y adolescentes desvinculados de los actores armados no estatales, especialmente de EAOCAI

El parágrafo del artículo 20 del PL remite al Código de Infancia y Adolescencia y, en ese sentido, establece que los niños, niñas y adolescentes víctimas de reclutamiento, uso o utilización por parte de GAOML y GAO son víctimas del conflicto armado, que su tratamiento penal corresponde a la aplicación del principio de oportunidad establecido en el artículo 175 del Código de Infancia y Adolescencia (CIA) y que tienen derecho a ser remitidos a programas de atención especializada. Sin embargo, se sugiere que este parágrafo pueda incluir esta

remisión de forma más precisa y detallada, y además que vincule el acceso a la reparación integral.

Ahora bien, el parágrafo desconoce que para niños, niñas y adolescentes vinculados a EAOCAI -que no son parte del conflicto armado no internacional- no hay un tratamiento ni una ruta de atención especial. El proyecto de ley ofrece una oportunidad al Legislador para cumplir sus deberes de especial protección y garantía de interés superior de las y los NNA desvinculados de EAOCAI, extendiendo la aplicación del tratamiento penal especial y la ruta de atención integral prevista para NNA desvinculados de GAOML y GAO. Para ello, se sugiere como vía una modificación del artículo 175 del Código de Infancia y Adolescencia, que permita incluir en el ámbito de aplicación de dicha disposición a NNA desvinculados de EAOCAI.

La Corte Constitucional estableció, en la Sentencia T-506 de 2020⁴, que “todo niña, niño o adolescente es considerado como víctima del delito de reclutamiento ilícito, indistintamente de su forma de participación o su rol directo o indirecto en el conflicto armado”.

De las anteriores consideraciones jurisprudenciales se desprenden elementos de juicio que dan a entender al Estado colombiano, especialmente a la rama judicial, que la definición de situaciones jurídicas en las que se encuentran los menores de edad, más allá de la obligación de prevención, protección, atención y reparación que les debe el Estado cuando han sido afectados por los grupos armados organizados al margen de la ley (GAOML), grupos armados organizados (GAO) y estructuras armadas organizadas de crimen de alto impacto (EAOCAI), pasa por el reconocimiento de que se trata de víctimas de dichos grupos frente a los cuales no tienen mecanismos efectivos de defensa en su condición de niños, niñas y adolescentes y que las acciones que puedan haber cometido mientras hicieron parte del actor no estatal deben ser sometidas a consideraciones especiales referentes a esa misma condición de víctimas indefensas.

Por lo anterior, se propone agregar al artículo 20 parágrafos que permitan garantizar la prioridad de la aplicación del principio de oportunidad para NNA vinculados de EAOCAI, y reconocer su carácter de víctimas y aplicar el artículo 175 del Código de Infancia y Adolescencia cuando exista vínculo entre las EAOCAI y GAOML o GAO.

1.1. Agentes del Estado

Llama la atención que el PL establece como posibles colaboradores de GAO, GAOML y EAOCAI a miembros de la fuerza pública y otros agentes del Estado, por lo que el procedimiento y tratamiento de estas personas sería el relativo a los acuerdos por colaboración eficaz. Sin embargo, no se puede excluir la hipótesis de que agentes del Estado puedan tener, eventualmente, la condición de máximo responsable. En tal medida, se advierte como inconveniente que se excluyan de antemano de la investigación macrocriminal del procedimiento aplicable a GAO y GAOML.

1.2. Condiciones de acceso

El PL requiere un mayor nivel de desarrollo que permita distinguir entre, por un lado, los requisitos o condiciones para ser investigado o judicializado bajo lo dispuesto por el PL y, por el otro, los requisitos o condiciones para acceder al tratamiento penal especial o los beneficios.

Por ejemplo, los requisitos para acceder a tratamiento especial establecidos en los literales a, b, c, d, e, f (parcialmente), g, y h del artículo 24 del PL deben ser exigibles como condiciones para ser investigado o judicializado bajo las disposiciones del PL. Mientras tanto, los requisitos de literal f y el literal i no necesariamente podrán cumplirse para el ingreso al proceso, pero si deben ser verificados para el acceso al tratamiento penal especial (la sanción alternativa). Además, es importante precisar qué requisitos son exigibles al grupo como colectivo y cuáles son exigibles a nivel individual.

En relación con las condiciones que están asociadas a la entrega de niños, niñas y adolescentes para acceso al tratamiento penal especial de GAOML y GAO y a beneficios por colaboración eficaz de EAOCAI, es importante tener en cuenta:

- No solo el acceso a beneficios penales debe estar supeditado a la entrega inmediata de NNA víctimas de reclutamiento, uso o utilización, sino también el acceso a cualquier beneficio judicial o administrativo. Esta precisión debe incluirse en el artículo 24, literal d, y en el artículo 35, literal d del PL.
- Para EAOCAI, no basta exigir un plan de entrega. El requisito debe ser la entrega efectiva de los NNA víctimas de reclutamiento con enfoque de género y étnico. Para ello debe modificarse el literal d del artículo 35.
- Los grupos deben proporcionar información de NNA en sus diferentes formas de vinculación. La entrega se predica de NNA reclutados o sustraídos de sus entornos familiares. Pero no aplica en el caso de NNA víctimas de uso y utilización que permanecen en sus entornos familiares, respecto a los cuales los grupos deben proporcionar información bajo los enfoques diferenciales

y de acción sin daño. Esta precisión debe incluirse en el artículo 24, literal d, y en el artículo 35, literal d.

Por otra parte, en relación los listados que la Oficina del Consejero Comisionado de Paz (OCCP) remita a las autoridades judiciales como requisito para la aplicación del tratamiento penal diferenciado de GAO y GAOML (art. 21, literal a, del PL) y los beneficios por colaboración eficaz para EAOCAI (art. 34), es necesario adoptar medidas de articulación interinstitucional y verificación que permitan mitigar los riesgos de inclusión en los listados de personas que no pertenecen a los actores armados no estatales. Para tal fin es recomendable contemplar la participación en la revisión de los listados de la Fiscalía General de la Nación y organismos de seguridad del Estado.

Igualmente, es necesario que se establezca con mayor claridad la obligación en cabeza de GAO, GAOML y EAOCAI de incluir en los listados remitidos al Gobierno todas las personas que conformaron sus milicias, redes de apoyo y organizaciones delincuenciales nacionales y transnacionales con las que tuvo colaboraciones, bien hayan sido permanentes u ocasionales. Lo anterior, a efectos de que dichas personas sean judicializadas y sus organizaciones criminales desmanteladas. Así mismo, es preciso que estos grupos de personas se incluyan de manera expresa dentro de la definición de colaboradores del artículo 3, a efectos de que haya claridad sobre la competencia.

4. CAPACIDAD INSTITUCIONAL

El proyecto de ley estipula nuevos mecanismos que generarán nuevas obligaciones para las instituciones del Estado encargadas de su ejecución. Por tal razón, es indispensable contemplar estas sobrecargas pues, de no preverlas, los mecanismos podrían resultar lentos o ineficaces.

4.1. Creación de espacios especiales para la ejecución de medidas de aseguramiento y penas

El PL plantea la creación de espacios especiales rurales o urbanos, para la ejecución de las medidas de aseguramiento y penas privativas de la libertad. Esta medida representa un giro en el enfoque tradicional del sistema penitenciario, orientado hacia modelos que priorizan la justicia restaurativa y la transformación territorial, en concordancia con los fines de la paz y la reintegración social.

No obstante, es preciso advertir que, si bien la propuesta tiene un espíritu loable, no se ajusta a los principios rectores de la política criminal definidos por el Consejo

Superior de Política Criminal, particularmente a los principios de previsión¹⁰ y coherencia¹¹.

En primer lugar, toda modificación sustancial al sistema de justicia, como la creación de nuevos espacios de reclusión, exige un estudio riguroso y una justificación técnica que incluya, entre otros aspectos, el análisis del impacto fiscal, logístico e institucional sobre el sistema penitenciario tradicional. El PL no contempla, por ejemplo, una proyección de costos, fuentes de financiación, ni un análisis del impacto estructural que esta medida implicaría para el sistema actual, que ya enfrenta una grave crisis de hacinamiento, desfinanciación y un Estado de Cosas Inconstitucional desde 1998 declarado por la H. Corte Constitucional.

En segundo lugar, como los destinatarios de estas medidas seguirán bajo la jurisdicción ordinaria, sin que se prevea la creación de una jurisdicción especial o régimen administrativo diferenciado, la vigilancia, tratamiento y asistencia penitenciaria se traduciría en cargas adicionales para el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario y la Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios y las entidades territoriales para el caso de los sindicatos (artículo 17 de la Ley 65 de 1993), sin la inclusión de partidas presupuestales adicionales para su aplicación, lo que podría traducirse en la perpetuación de la violación de derechos fundamentales de quienes están privados de su libertad.

En este sentido, se aumentan las competencias de las entidades ordinarias, que no cuentan en el momento con capacidades desarrolladas para este tipo de espacios, como si lo tiene por ejemplo la Policía (UNIPPEP) y el Ejército con la experiencia de los Espacios Territoriales de Capacitación y Reintegración. Tampoco se indica cual será la relación de estos espacios con las Zonas de Ubicación Temporal previstas en la ley de paz total.

¹⁰ “Cuando se adopte una medida que influya en la política criminal deben estudiarse las consecuencias que esta genera dentro y fuera del sistema de justicia, como por ejemplo, su impacto en el sistema penitenciario, sus costos presupuestales, entre otros. Además, debe prevenirse la creación de instancias de coordinación innecesarias, por el contrario, debe propenderse por fortalecer y dotar de legitimidad y eficacia a las ya existentes”. Tomado de: https://www.minjusticia.gov.co/programas-co/politica-criminal/Documents/consejo-superior-de-politica-criminal/documentos-cspsc/Lineamientos_de_Pol%C3%ADtica_Criminal.pdf.

¹¹ La política criminal debe entenderse como una sola política pública, la cual congrega las respuestas adoptadas por el Estado para lidiar con las conductas reprochables y así proteger los intereses esenciales del Estado y los derechos fundamentales. Estas medidas pueden ser de diferente orden, como jurídicas, culturales, tecnológicas, educativas, entre otras¹. Por lo tanto, todas las medidas que afecten o modifiquen la política criminal deberán ser coherentes entre sí para evitar una desarticulación estructural del Estado. Debe tenerse especial cuidado con las modificaciones que puedan afectar el Sistema Penal para niños, niñas y adolescentes. Tomado de: https://www.minjusticia.gov.co/programas-co/politica-criminal/Documents/consejo-superior-de-politica-criminal/documentos-cspsc/Lineamientos_de_Pol%C3%ADtica_Criminal.pdf.

En tercer lugar, resulta preocupante que no se establezcan medidas puntuales de tratamiento penitenciario para garantizar la reinserción social de estas personas, una vez culminada su pena, en articulación con el enfoque restaurativo del PL. Esto, en virtud del mandato legal y constitucional de la pena, el cual debe ser siempre la resocialización de la persona privada de la libertad.

4.2. Defensoría del Pueblo

La arquitectura procesal especial que trae consigo el PL impacta directamente en el quehacer institucional de la Defensoría del Pueblo. Las disposiciones de la iniciativa asignan competencia funcional a los jueces penales especializados del circuito, sin sujeción a las reglas tradicionales de competencia territorial. Esto no es un detalle menor: se trata de despachos judiciales que ya conocen de fenómenos de macrocriminalidad, bandas criminales organizadas, grupos armados al margen de la ley y hechos de grave afectación al orden público. De allí que cualquier procedimiento que se active en este marco implique, en la práctica, la necesidad de contar con defensores públicos del programa penal general, categoría circuito, con formación específica y experiencia en contextos complejos.

Con base en un ejercicio técnico que cruza estimaciones de carga procesal, capacidad operativa actual y distribución geográfica de los jueces penales especializados, se estima que el sistema requeriría al menos 100 nuevos defensores públicos en esta categoría para hacer frente a la demanda que generaría la implementación de este proyecto.

Este número resulta de aplicar un estándar prudente de 25 casos por defensor al año, teniendo en cuenta el tipo de actuaciones previstas y el volumen de personas que podrían acogerse a los mecanismos establecidos. En distritos judiciales al interior de las siguientes defensorías regionales como: Bogotá, Soacha, Valle del Cauca, Antioquia, Santander, Nariño, Tolima, Cauca, Norte de Santander y Magdalena Medio, se prevé una mayor concentración de la demanda, ya sea por presencia de estructuras armadas o por acumulación de casos derivados de protestas sociales.

Lo anterior también aplica en lo que respecta a nuestros defensores públicos encargados de garantizar la participación de las víctimas, para lo cual estimamos la necesidad de contar con 354 defensores públicos.

4.3. Instituto Colombiano de Bienestar Familiar

Es necesario que el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar pueda proveer y garantizar sin dilación alguna las medidas de atención, rehabilitación y protección necesarias y con enfoque diferencial de NNA que se desvinculen. A pesar de que actualmente existe un programa de atención especializada para el restablecimiento de derechos y contribución al proceso de reparación integral de niñas, niños y adolescentes víctimas de reclutamiento ilícito que se han desvinculado de GAOML este deberá surtir todos los ajustes que permitan atender de forma oportuna y pertinente a todos los menores de edad exintegrantes de GAO y GAOML o EAOCAI. Por lo anterior, el ICBF debe ser incluido entre las instituciones que son objeto de adecuación y fortalecimiento institucional (art. 50 del PL).

Además, el proceso de restablecimiento de derechos de niñas, niños y adolescentes víctimas de reclutamiento, uso y utilización, la reparación integral y posterior reintegración social y económica de los niños, niñas y adolescentes que se desvinculan de los GAO y GAOML o EAOCAI, requiere, tal como lo refiere el Código de la Infancia y la Adolescencia, la concurrencia de actores y acciones que garanticen el ejercicio de los derechos de esta población, lo cual debe quedar establecido explícitamente en el artículo 51 del PL.

4.4. Fiscalía General de la Nación y jueces

El proyecto de ley introduce complejidades importantes que pondrán a prueba las capacidades existentes de la Fiscalía General de la Nación y la Rama Judicial. A continuación, se presentan los posibles retos y oportunidades frente a la implementación del proyecto de ley:

- a. **Investigación macrocriminal y experticia transicional:** El PL establece la competencia para adelantar el proceso de naturaleza transicional aplicable a miembros de GAO y GAOML. Esto implica un reto de grandes proporciones que puede generar una aplicación problemática y demorada del sistema propuesto. En efecto, adelantar dicha labor exige:
- Una transición del procesamiento individual hacia la comprensión y la comprobación de patrones sistémicos de criminalidad. Esto requiere competencias analíticas avanzadas en macrocriminalidad, que podrían no estar presentes de manera uniforme en todo el sistema judicial.
 - Conocimientos y competencias especializados en los marcos jurídicos complejos de la justicia transicional, el derecho internacional humanitario y las disposiciones específicas de este tratamiento penal diferenciado.

- La aplicación de las figuras jurídicas como la "doble imputación" (art. 5), así como el énfasis investigativo en la "contribución a la verdad" (art. 14), que implican técnicas de investigación sofisticadas, capacidades forenses y un análisis exhaustivo de datos.
- El proyecto enfatiza un enfoque de justicia restaurativa con orientación territorial (arts. 10 y 11) y la participación efectiva de las víctimas (Capítulo II). Esto requiere no solo conocimientos jurídicos, sino también habilidades de mediación, apoyo a las víctimas y comprensión de los impactos psicosociales del conflicto.

Se considera que aspectos como los señalados dificultan que en la práctica fiscales y jueces ordinarios administren de manera eficiente un modelo transicional, a la par que continúan con su competencia sobre casos adelantados con la ley procedimental penal ordinaria. En efecto, se considera deseable que exista la suficiente especialización de conocimientos y competencias para esta clase de procedimientos macrocriminales y transicionales, lo cual requiere la asignación de recursos específicos y un mecanismo de implementación que considere estas necesidades.

- b. **Capacidades logísticas, administrativas e infraestructura:** A pesar del argumento del Gobierno Nacional de que el PL no crea nuevas cargas a jueces y fiscales, en la medida que ya hoy tienen la competencia sobre esos asuntos y personas, lo cierto es que el modelo sí implica una amplia carga adicional.

Lo anterior, en la medida en que: i) en el procedimiento de naturaleza transicional cambia el enfoque de investigación hacia uno macrocriminal que implica, como lo ha evidenciado la experiencia de JEP y Justicia y Paz, unos esfuerzos investigativos, probatorios y de análisis superiores, y ii) respecto del proceso dirigido a EAOCAI, este se basa en la premisa de colaboración eficaz, lo que redundará en el conocimiento y procesamiento por parte de la justicia de un importante número de hechos no conocidos hasta este momento. Por lo anterior, se considera que se necesitarán con urgencia definir el perfil y cantidad de fiscales, investigadores, jueces y personal de apoyo que cuentan las competencias especializadas mencionadas y que se asignarán a esta tarea.

Además, debe tenerse en cuenta que la gestión de grandes volúmenes de evidencia, la realización de investigaciones complejas y el potencial manejo de evidencia digital del crimen organizado exigirán altos niveles de alfabetización tecnológica y acceso a herramientas digitales avanzada. Adicionalmente, el nuevo modelo implica coordinaciones fluidas entre las autoridades judiciales y

entidades relacionadas con la satisfacción de los derechos a las víctimas, tales como la UARIV y el CNMH, entre otras, lo que implica un desafío.

Así mismo, la entrega de bienes lícitos requiere sólidas capacidades de investigación financiera para identificar, rastrear e incautar activos de redes criminales complejas. Esto suele implicar cooperación internacional y conocimientos especializados que pueden ser limitados en los jueces u fiscales actuales que desarrollan su labor en la justicia ordinaria permanente.

Por otra parte, el proyecto de ley busca un enfoque territorial, lo que implica que las investigaciones y los procesos judiciales deberán extenderse a regiones remotas y afectadas por el conflicto. La Fiscalía y el Poder Judicial podrían enfrentar importantes desafíos logísticos y de seguridad en estas zonas, lo que afectaría su alcance operativo y la seguridad de su personal.

- c. **Impacto fiscal:** El PL contempla varios elementos de los procedimientos que tendrían un impacto fiscal, tales como: programas de reparación y reintegración, el enfoque de justicia restaurativa, la reparación colectiva (especialmente si esta es diferente o adicional a la de la Ley de Víctimas y Restitución de Tierras) y la reintegración efectiva de los desmovilizados, especialmente aquellos que contribuyan a la transformación de economías ilícitas hacia legales, la contribución a la verdad y la memoria histórica a través del Centro Nacional de Memoria Histórica, entre otros.

Por lo anterior, el impacto fiscal del proyecto de ley deberá centrarse en el fortalecimiento y adaptación del aparato judicial (jueces y fiscales) y penitenciario, con costos asociados a la infraestructura, personal y operación de nuevos centros de reclusión, así como posibles inversiones en programas de apoyo a la paz y reintegración. La cuantificación exacta de este impacto dependerá de la reglamentación y la escala de implementación de las medidas propuestas.

5. INCONVENIENCIA Y POSIBLE INCONSTITUCIONALIDAD DE LA INCLUSIÓN DE TRATAMIENTOS PENALES PARA LA PROTESTA SOCIAL

El PL incluye conductas judicializadas en el contexto de la protesta social en un marco normativo que contiene tratamientos jurídicos excepcionales orientados a la judicialización de grupos armados parte del conflicto armado -GAOML, GAO- y EAOCAI que participan en fenómenos macrocriminales vinculados a dinámicas de control territorial, gobernanza criminal y economías ilícitas.

En primer lugar, dicha inclusión configura una equiparación simbólica entre quienes ejercen derechos fundamentales como la protesta y quienes cometen crímenes graves enmarcados en patrones macrocriminales, lo cual tiene un efecto de potenciar la estigmatización, criminalización y judicialización infundada de personas manifestantes.

Esta equiparación perpetúa las lógicas de represión institucional que han caracterizado la respuesta institucional a la protesta y alimenta la narrativa según la cual cualquier ejercicio del derecho a la protesta que se desborde de lo “permitido” se convierte en una amenaza al orden público y protestar puede ser tan peligroso como pertenecer a un actor armado no estatal. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), en su informe de 2021, fue clara en advertir los peligros de interpretar la protesta social con esquemas propios del conflicto armado, afirmando que “los desacuerdos se dan entre personas que hay que proteger y no frente a enemigos que hay que combatir”¹².

El efecto estigmatizante de esta equiparación se agrava en un escenario en el que esta es la única medida de política pública en la materia, ya que no se cuenta con una ley estatutaria que regule integralmente y bajo un enfoque de derechos humanos el derecho fundamental a la protesta, de acuerdo con lo recomendado por la CIDH en 2021¹³. Adicionalmente, este efecto impacta de forma diferenciada a personas afectadas por la intersección de factores de discriminación o marginalidad (mujeres, personas con pertenencia étnico-racial, personas LGBTIQ+, etc.), quienes ya han sufrido impactos desproporcionados de estigmatización y represión en el marco de la respuesta institucional a procesos de protesta social, como lo documentó la CIDH en 2021¹⁴.

El PL no ofrece una justificación clara, sustantiva ni proporcional que sustente la equiparación. Esta, al contribuir a la estigmatización de la protesta, desconoce su carácter legítimo y constitucionalmente protegido como forma de expresión, participación y control ciudadano.

En segundo lugar, la inclusión de tratamiento penal diferenciado para conductas judicializadas en el contexto de la protesta social puede violar el principio de unidad de materia consagrado en el artículo 158 de la Constitución Política de Colombia. De acuerdo con la Corte Constitucional, el principio de unidad de materia tiene dos condiciones

12 Comisión Interamericana de Derechos Humanos. 2021. Observaciones y recomendaciones. Visita de trabajo a Colombia, p. 2. https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/ObservacionesVisita_cidh_Colombia_spA.pdf

¹³ Ibidem.

¹⁴ Ibidem.

“(i) definir con precisión, desde el mismo título del proyecto, cuáles habrán de ser las materias de que se va a ocupar al expedir la ley, y, simultáneamente, (ii) mantener una estricta relación interna, desde una perspectiva sustancial, entre las normas que harán parte de la ley, de manera que exista entre ellas coherencia temática y una clara correspondencia lógica con la materia general de la misma, resultando inadmisibles las modificaciones respecto de las cuales no sea posible establecer esa relación de conexidad” (Sentencia C-133/12).

El PL introduce de manera tangencial e insuficientemente justificada el tratamiento penal para personas judicializadas en el marco de la protesta social, lo cual no guarda relación interna sustancial, coherencia temática y correspondencia lógica con la materia general que regula. El establecimiento de un tratamiento penal diferenciado para personas judicializadas en el marco de la protesta social no tiene conexidad con la definición de tratamientos penales especiales para GAOML y GAO (justicia transicional) y EAOCAI (beneficios por colaboración eficaz) en tanto no se cumplen los criterios establecidos por la Corte Constitucional (Sentencia C-133 de 2012):

- No existe un vínculo razonable y objetivo entre estos tratamientos (conexidad temática). Si bien para los diferentes destinatarios se introduce un tratamiento penal especial (con características diferenciadas), las características de los destinatarios, el contexto de su judicialización, las conductas e impactos de las conductas por las que son judicializados son absolutamente diferentes.
- No hay identidad entre los motivos que sustentan la necesidad de la creación de estos dos grupos de tratamientos (conexidad causal). Para GAOML, GAO y EAOCAI se requieren tratamientos penales especiales que permitan el desmantelamiento de estructuras macrocriminales organizadas responsables de graves crímenes y vinculadas a economías ilegales con el fin de construir paz. Mientras tanto, la protesta social no puede ser comprendida como una derivación del fenómeno del crimen organizado, pues se trata del ejercicio de un derecho fundamental consagrado en el artículo 37 de la Constitución, directamente vinculado a la participación democrática (art. 40 C.P.), la libertad de expresión (art. 20 C.P.) y el derecho de reunión (art. 38 C.P.). Un tratamiento penal diferenciado para conductas judicializadas en el contexto de protesta responde, por el contrario, al reconocimiento de las lógicas estigmatizantes, criminalizantes y represivas que han caracterizado la respuesta institucional a los escenarios de protesta.

- El objetivo de establecer cada tratamiento penal especial o diferenciado es diferente (conexidad teleológica). En línea con lo anterior, el tratamiento penal especial de GAOML, GAO y EAOCAI busca ofrecer una salida jurídica adecuada que permita concluir las negociaciones de paz y diálogos sociojurídicos con la desmovilización y desmantelamiento de estos actores. Un tratamiento penal diferenciado a quienes han sido judicializados en el contexto de la protesta no persigue este objetivo.
- No hay relación interna clara y ordenada entre ambos tratamientos (conexidad sistemática). La relación entre los tratamientos penales especiales se desdibuja por la ausencia de los elementos anteriores. El derecho a la protesta no se encuentra en un plano de subordinación frente al orden público o a la seguridad ciudadana. El PL, al asumir un enfoque de “orden público y seguridad ciudadana” para tratar las conductas relacionadas con la protesta social, desconoce estándares constitucionales e internacionales.

Por estas razones, y en concordancia con el principio de unidad de materia, para la Defensoría del Pueblo, la regulación de las conductas asociadas al ejercicio de la protesta social si bien es conveniente, debe tramitarse en un cuerpo normativo distinto, específico y autónomo, que parta del reconocimiento del carácter garantista de la protesta como derecho fundamental, y no de su equiparación con delitos asociados al crimen organizado. Esta separación normativa no es solo un imperativo de técnica legislativa, sino una exigencia de coherencia constitucional y un paso necesario para garantizar la no repetición de la criminalización ocurrida en el marco de la protesta.

Cordialmente,



IRIS MARÍN ORTIZ

DEFENSORA DEL PUEBLO

Proyectó:

Mariana Ardila Trujillo, Defensora delegada para la Justicia Transicional y el Derecho a la Paz.

Jhonny Marcel Díaz Ortega, Director Nacional de Defensoría Pública.

Laura Pamela Ruíz Gómez, Defensora delegada para la Política Criminal y Penitenciaria.

Ana María Sánchez Guevara, Defensora delegada para la Infancia y la Vejez.

Aquiles Arrieta Gómez, Defensor delegado para asuntos Constitucionales y Legales.

Revisó: Iris Marín Ortiz, Defensora del Pueblo.

