



GACETA DEL CONGRESO

SENADO Y CÁMARA

(Artículo 36, Ley 5ª de 1992)

IMPRENTA NACIONAL DE COLOMBIA
www.imprensa.gov.co

ISSN 0123 - 9066

AÑO XXVI - N° 109

Bogotá, D. C., miércoles, 1º de marzo de 2017

EDICIÓN DE 84 PÁGINAS

DIRECTORES:	GREGORIO ELJACH PACHECO	JORGE HUMBERTO MANTILLA SERRANO
	SECRETARIO GENERAL DEL SENADO www.secretariosenado.gov.co	SECRETARIO GENERAL DE LA CÁMARA www.camara.gov.co

RAMA LEGISLATIVA DEL PODER PÚBLICO

SENADO DE LA REPÚBLICA

ACTAS DE COMISIÓN

COMISIÓN PRIMERA CONSTITUCIONAL
PERMANENTE

HONORABLE SENADO DE LA REPÚBLICA

PROCEDIMIENTO LEGISLATIVO ESPECIAL
PARA LA PAZ

(Acto Legislativo número 1 de 2016)

AUDIENCIA PÚBLICA DE 2017

(febrero 14)

(Decreto número 2052 del 16 diciembre de 2016)

Legislatura para la Paz - Periodo Especial

Sesión Extraordinaria

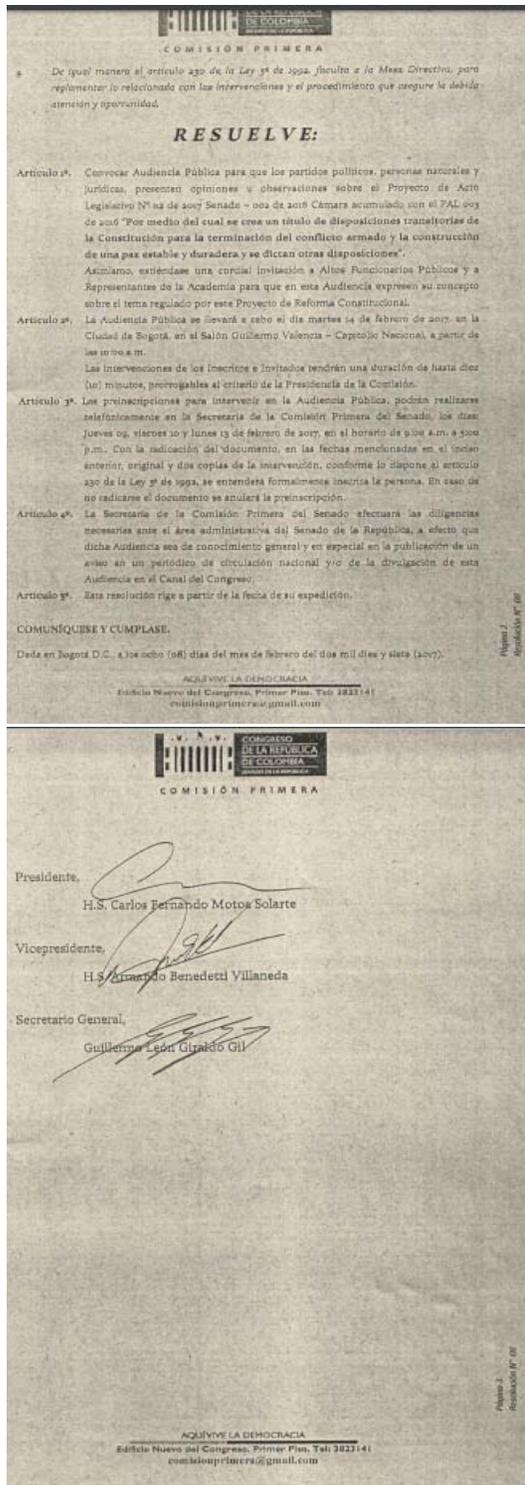
– Proyecto de Acto Legislativo número 02 de 2017 Senado, 002 de 2016 Cámara (acumulado) con Proyecto de Acto Legislativo número 003 de 2016 Cámara, por medio del cual se crea un título de disposiciones transitorias de la Constitución para la terminación del conflicto armado y la construcción de una paz estable y duradera y se dictan otras disposiciones. (Jurisdicción Especial para la Paz).

Convocada mediante Resolución número 08 del 8 de febrero de 2017, con el fin de escuchar a las personas naturales o jurídicas, interesados en presentar opiniones u observaciones al Proyecto de Acto Legislativo número 02 de 2017 Senado, 002 de 2016 Cámara (acumulado) con Proyecto de Acto Legislativo número 003 de 2016 Cámara, por medio del cual se crea un título de disposiciones transitorias de la Constitución para la terminación del conflicto armado y la construcción de una paz estable y duradera y se dictan otras disposiciones. (Jurisdicción Especial para la Paz).

Siendo las 10:00 a. m. del día 14 de febrero de 2017, en el salón Guillermo Valencia – Capitolio Nacional, recinto de sesiones de la Comisión Primera de Senado, en la ciudad de Bogotá, D. C., se da inicio a la Audiencia Pública previamente convocada y con la presencia de los honorables Senadores miembros de la Comisión Primera del honorable Senado, presidida por el Presidente de esta célula Legislativa, honorable Senador Carlos Fernando Mota Solarte.

Atendiendo instrucciones de la Presidencia, por Secretaría se da lectura a la Resolución número 08.





Secretario:

Al respecto me permito informarle, señor Presidente, que, de conformidad con la resolución, salió un aviso en un periódico de circulación nacional y en el Canal Institucional del Congreso también salió el aviso por varios días.

La Secretaría informa que fueron invitados los siguientes:

– **Doctor José Francisco Acuña Vizcaya, Presidente (E) Corte Suprema de Justicia**

– **Doctor Jorge Octavio Ramírez Ramírez, Presidente Consejo de Estado**

– **Doctor Fernando Carrillo Flórez, Procurador General de la Nación**

– **Doctor Néstor Humberto Martínez Neira, Fiscal General de la Nación**

– **Doctora Martha Lucía Olano de Noguera, Presidenta Consejo Superior de la Judicatura**

– **Doctor Carlos Alfonso Negret Mosquera, Defensor del Pueblo**

– **Doctor Yesid Reyes Alvarado, ex-Ministro de Justicia**

– **Doctor Néstor Raúl Correa Henao**

– **Voceros Voces de Paz y Reconciliación**

○ **Pablo Cruz Ocampo**

○ **Jairo Estrada Álvarez**

○ **Judith Maldonado**

– **Doctor Odorico Guerra, Coordinador de la Mesa Nacional de Víctimas**

En la Secretaría, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 230 de la Ley 5ª de 1992, se inscribieron:

– Señor Brigadier General Jaime Ruiz Barrera, Presidente Acore

– Doctora Marta Luz Hurtado Arango, Abogada

– Doctor Javier Osorio López, ex-Magistrado Corte Suprema de Justicia Especialista en Derecho Constitucional

– Doctor Jean Carlos Mejía Azuero, Phd. Docente, Investigador y Doctrinante Perito Corte Interamericana de Derechos Humanos

– Doctor Jorge Mario Gómez, Abogado Litigante

– Doctor Jesús Orlando Gómez, Abogado Litigante

– Doctora Sandra Sofía Chacón, Abogada Litigante

– Doctor John Fernando Vásquez Orjuela, Subdirector de Defensa Técnica Defensoría Militar

– Doctora Luz Stella Aponte

– Doctor José Luciano Sanín Vásquez, Corporación Viva la Ciudadanía

– Doctor Juan Carlos Ospina, Comisión Colombiana de Juristas

– Doctor William Roza, Cinep

– Doctor Andrés Molano Rojas, Director Académico Instituto de Ciencia Política Hernán Echavarría Olózaga

– Doctora Gloria María Borrero Restrepo, Directora Ejecutiva Corporación Excelencia en la Justicia

– Doctora Linda María Cabrera Cifuentes, Subdirectora Sisma Mujer

– Doctor Marco Romero Silva, Director General Consultoría para los Derechos Humanos (Codhes)

– Doctor Fernando Vargas Valencia, Asesor Legal Consultoría para los Derechos Humanos (Codhes)

– Doctora Esther Marina Gallego Zapata, Coordinadora Nacional Ruta Pacífica de las Mujeres

- Doctor Rodrigo Uprimny, Dejusticia
- Doctora Soraya Gutiérrez Argüello, Integrante Junta Directiva Colectivo de Abogados José Alvear Restrepo
- Doctora Jomary Liz Ortegón Osorio, Presidenta Colectivo de Abogados José Alvear Restrepo
- Alberto Yepes Palacio, Coordinador del Observatorio de Derechos Humanos Coordinación Colombia-Europa-Estados Unidos
- Monseñor Héctor Fabio Henao Gaviria
- Doctora Juanita Goebertus, Directora para Colombia Instituto para las Transiciones Integrales

La Presidencia interviene para un punto de orden:

Gracias, señor Secretario. Para organizar el debate, vamos a establecer las siguientes reglas: un tiempo máximo de 15 minutos para los invitados por parte de la mesa directiva, tiempo máximo de 10 minutos para los inscritos con documento previo, como bien lo ha mencionado el Secretario de la Comisión primera. Igualmente, 10 minutos para los Senadores Ponentes y para los demás miembros que integran la Comisión Primera Constitucional.

Igualmente, 10 minutos como tiempo máximo para los Representantes del movimiento Voces de Paz y Reconciliación.

La Presidencia ofrece el uso de la palabra al doctor Ángel Alirio Moreno:

Muy buenos días, señor Presidente Comisión Primera, y señores miembros de la Comisión Primera del Senado de la República. La intervención mía apunta como representante de organizaciones políticas, invitando a que en aras de la búsqueda de la verdad y en aras de lograr el perdón y la reconciliación, con motivo del fin del conflicto y entendiendo que el Proyecto de Acto Legislativo que cursa en el Congreso y que tiene que ver con la creación de la jurisdicción especial de paz estable establece un sistema integral de verdad, justicia reparación y no repetición.

Que la legalidad y que la integralidad del sistema contribuye al esclarecimiento de esa verdad del conflicto y a la construcción de la memoria histórica y entendiendo que el componente de justicia de acuerdo al Proyecto de Acto Legislativo apunta a que solo se le aplicará a quienes suscriban el acuerdo final de paz con el Gobierno nacional y a los agentes del Estado, miembros de las fuerzas militares que se involucraron con ocasión del conflicto, pero entendiendo que el acuerdo, el marco general del acuerdo con las FARC, se contempla un punto especial en el tema de víctimas que es el esclarecimiento del fenómeno del paramilitarismo en Colombia. Invito al Congreso de la República a que no excluya la búsqueda de la verdad del fenómeno del paramilitarismo, el cual nace en la entraña del Estado colombiano y no nace en los últimos tiempos en Colombia, viene desde el origen del conflicto colombiano porque el Estado combatió a través de fuerzas irregulares a todos los sectores insurgentes que se opusieron al régimen de cosas.

En alguna ocasión lo discutíamos con el Senador Horacio Serpa, en que el paramilitarismo había sido del mismo Estado, y por esa circunstancia consideramos que negar la posibilidad a que personas que estuvieron

vinculadas a través de una u otra manera con el fenómeno que se excluirán de la jurisdicción especial de paz que estamos negando la posibilidad de que se esclarezca el fenómeno del paramilitarismo y no se vuelva a repetir en Colombia.

¿Por qué debemos aprovecharlo? Porque debemos aprovechar la oportunidad para que para que de una vez por todas nos reconciliamos y podamos construir esa paz estable y duradera, por eso proponemos que se haga una incorporación de un texto que apunte hacia ese propósito en el artículo transitorio número 10 del primer artículo del Acto Legislativo. Para que no quede solamente esa posibilidad para los combatientes y en este caso combatientes del Estado, fuerza pública y combatientes de las FARC.

Y en el otro sentido, en ese mismo sentido, llamar la atención porque nada tiene o nada vale la pena si antes los excluimos en el artículo transitorio 16, incorporar a terceros que participen, que comparezcan a la jurisdicción especial de paz y no les vamos a dar el estímulo incluso del restablecimiento de derechos políticos porque se trata de eso, de que todos los ciudadanos colombianos que participaron con ocasión del conflicto comparezcan y contribuyan a la búsqueda de la verdad y entonces reciban el estímulo del restablecimiento de sus derechos.

Por ejemplo, podemos interpretar el párrafo, contempla el artículo segundo que pretende modificar el artículo 122 de la Constitución Política de Colombia, establece la posibilidad que los desmovilizados y entiendo que el proceso de desmovilización se habla de miembros de las Autodefensas Unidas Colombianas que hicieron un acuerdo con el Estado colombiano en un proceso de justicia transicional anterior.

Este Proyecto de Acto Legislativo contempla la posibilidad de que los combatientes desmovilizados de esas autodefensas pueden incluso posterior a este acto ser servidores públicos, empleados públicos y trabajadores oficiales, no servidores en la extensión íntegra de la palabra, sino el concepto, sino empleados públicos y trabajadores oficiales cuando no estén efectivamente privados de la libertad.

Está abriendo el espacio para la participación en el servicio público a los paramilitares, pero no estamos abriendo el espacio para la búsqueda de esa verdad que establece la filosofía y el espíritu del Acto Legislativo y del acuerdo suscrito con las FARC, entre las FARC y el Estado colombiano.

Y algo más interesante: sería conveniente extender la jurisdicción especial de paz a todos los ex servidores públicos, no a los trabajadores oficiales, no a los paramilitares para que sean trabajadores oficiales o funcionarios públicos del Estado, sino a los ex servidores públicos que con ocasión del conflicto hicieron alianzas con los paramilitares.

Habiendo determinado si estas alianzas se hicieron con ocasión de circunstancias de coacción, de estado de necesidad o realmente por causa para que los colombianos tengamos derecho a saber qué fue lo que sucedió con ese fenómeno del paramilitarismo y el Estado de una vez por todas asuman su responsabilidad en la participación del fenómeno y no se quede aquí silenciado habiendo sido acordado en el marco general de la mesa de conversaciones. Muchas gracias.

La Presidencia ofrece el uso de la palabra al doctor Rodrigo Uprimny Yepes, Catedrático:

Muy buenos días, honorables Senadores y a los demás participantes en esta importante audiencia. Comienzo por agradecer al Senado de la República que convoque este tipo de audiencias, porque, como había señalado en anterior oportunidad, el *fast track* es necesario para implementar de manera rápida el acuerdo de paz, lo cual a su vez es importante para lograr una paz estable y duradera.

Sin embargo y por eso creo que es un mecanismo legítimo; sin embargo, el *fast track* adolece de problemas de déficit de legitimidad democrática por el acortamiento de los debates en el Congreso y por eso son importantes estas audiencias públicas para intentar subsanar ese déficit de debate democrático.

Dicho esto, mi presentación, que es basada en un documento que hemos entregado a la mesa y que fue suscrito por varias organizaciones académicas y de derechos humanos, se va a centrar solo en dos puntos por las limitaciones de tiempo, en el primero voy a defender de manera global el Acto Legislativo y en el segundo voy a ser crítico con un punto que me parece que está regulado de manera inadecuada en el Acto Legislativo y es crucial, que es el relativo a la responsabilidad del mando.

Sobre lo primero, yo creo que este Acto Legislativo que recoge lo fundamental, la regulación del sistema integral de satisfacción de los derechos de las víctimas y la jurisdicción especial de paz, del acuerdo de paz, es un Acto Legislativo que es en términos generales conveniente para el país y que se ajusta a los estándares internacionales y que no implica ninguna sustitución de la Constitución.

En particular, en lo relativo a la jurisdicción especial de paz, el Acto Legislativo respeta los estándares internacionales puesto que excluye de amnistía los crímenes internacionales como regla general, y aquellos que hayan cometido esos crímenes tendrán que pasar ante la jurisdicción especial de paz y aunque hagan contenciones efectivas a la verdad tendrán una sanción.

En esa medida cumplen con los estándares de justicia a nivel internacional, y en segundo lugar yo creo que este Acto Legislativo no implica ninguna sustitución de la Constitución, contrariamente a lo que ha sido sostenido por algunos colegas, porque la Constitución admite la existencia de distintas jurisdicciones, luego no tiene ningún problema de sustitución de la Constitución incorporar una jurisdicción más.

La Constitución en la Rama Judicial prevé no más la Jurisdicción Ordinaria, la Jurisdicción Constitucional y la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, y por fuera de la Rama Judicial está la Jurisdicción Militar y las jurisdicciones especiales, como la jurisdicción indígena o la jurisdicción de Jueces de paz. Si eso es así, sería un exabrupto sostener que incorporar una nueva jurisdicción con el fin de lograr la paz, una paz estable y duradera, sea una sustitución de la Constitución.

Por eso creo que en términos generales el Acto Legislativo se adecúa a los principios neurales de la Constitución y al derecho internacional y en esa medida es un Acto Legislativo positivo, porque esta incorporación de la jurisdicción especial de paz da la seguridad jurídica a quienes se someten a ella y en esa medida garantizará mejor una paz estable y duradera.

Por eso quienes suscribimos estos documentos defendemos en términos generales el Acto Legislativo, pero tenemos discrepancias puntuales con varios aspectos del mismo. Por limitaciones del tiempo me limito exclusivamente al que considero más problemático y es la regulación de la responsabilidad del mando en el Acto Legislativo, para la cual haré dos cosas: recordaré por qué la responsabilidad del mando y su regulación adecuada es un tema fundamental de derecho internacional y, segundo, porque la regulación que está incorporada en el Acto Legislativo es deficiente.

¿Qué es la responsabilidad del mando? La responsabilidad del mando no es la responsabilidad de los altos mandos militares, policiales o guerrilleros por comisión directa de crímenes por parte de ellos, no es cuando ellos han dado órdenes o cuando ellos han participado directamente en esos crímenes, sino la responsabilidad del mando tiene que ver con omisiones en que incurren estos mandos que permiten que sus subalternos cometan esos crímenes.

Y desde hace décadas en el Derecho Internacional Humanitario los mandos militares en conflictos armados tienen el deber de prevenir la ocurrencia de esos crímenes y si no lo hacen de forma apropiada incurren en responsabilidad del mando, esto no es una innovación del Acto Legislativo, es un estándar que existe en el derecho internacional consuetudinario desde hace décadas; algunos lo remontan a los convenios de La Haya de 1903, pero de manera clara surge en los tribunales penales internacionales después de la Segunda Guerra Mundial y está consagrado explícitamente en el artículo, si no estoy mal, 106 del Protocolo Uno a los convenios de Ginebra.

O sea, es un estándar consolidado. ¿Cuál es el lío con la responsabilidad del mando? Que tiene que haber una regulación que logre dos propósitos, que al mismo tiempo evite injusticias con mandos militares y cacería de brujas a mandos militares por crímenes de sus subalternos en los que ellos no incurrieron en omisiones, pero de otro lado logre sancionar a los altos mandos que no cumplieron con esos deberes.

Y para ello el derecho internacional ha establecido tres requisitos sobre la responsabilidad del mando; y si se cumplen esos tres requisitos, el mando superior responde. ¿Cuáles son esos tres requisitos? El uno está relacionado con el conocimiento. Para que no haya responsabilidad objetiva, el alto mando debe haber conocido o debe haber tenido razones para haber conocido, es lo que se llama conocimiento inferido o debe, dadas las circunstancias del caso, haber debido saber qué es lo que algunos llaman conocimiento presunto.

Si se da alguno de estos elementos, conocimiento real o conocimiento inferido, se cumple este primer requisito; el segundo es que haya mando efectivo, es decir, que el alto mando controle a sus subalternos, tenga sobre ellos un control efectivo, porque si no entonces no podría responder por sus omisiones.

Y el tercero, que se abstenga de realizar las medidas razonables para evitar la ocurrencia de las atrocidades. Si serán esos requisitos, la persona responde en el derecho internacional como lo ha establecido por ejemplo la corte de Yugoslavia, de la antigua Yugoslavia en muchísimos casos, como en el caso Ori, por citar alguno, y lo ha establecido la Corte Penal Internacional en el único caso donde ha abordado este tema, que es el caso Bemba, que es el caso que fue resuelto este año.

¿Cuál es el problema con la regulación que trae el Acto Legislativo? Tiene tres problemas graves. El primer problema es que no aparece explícita la regulación de la responsabilidad del mando de comandantes guerrilleros; se entiende implícito en la medida en que el acuerdo mismo trae una cláusula relativa a la responsabilidad del mando de las FARC.

Pero sería conveniente para establecer el equilibrio que haya una cláusula explícita sobre responsabilidad del mando de guerrilleros, lo segundo es que no trae ninguna cláusula explícita de responsabilidad del mando, de mandos militares y policiales, solo incorpora la responsabilidad del mando de los miembros de la fuerza pública pero puede haber responsabilidad del mando conforme al derecho internacional de mandos civiles.

Por ejemplo un Ministro, un Alcalde, que no controla adecuadamente la fuerza policial por la Fuerza Militar teniendo mando efectivo sobre ella puede incluir en responsabilidad del mando y habría que incorporar también la responsabilidad del mando de civiles, y finalmente en relación con la regulación con la responsabilidad del mando tanto de guerrilla como de militares y altos mandos policiales hay problemas en relación con la regulación del requisito del conocimiento y el requisito del mando efectivo.

En relación con el requisito del conocimiento, si uno lee tanto la norma que existe en el Acto Legislativo que es la relativa a los mandos militares parece entenderse o podría uno inferir que no es así pero parece entenderse que solo se sancionará al mando militar si se le prueba conocimiento efectivo, pero eso es contrario al estándar internacional que admite el conocimiento inferido.

Es decir si uno prueba que hay elementos suficientes que permitan inferir que el alto mando militar del alto mando guerrillero debía haber sabido o había razones para que supiera respondería frente al derecho internacional y con una lectura literal del Acto Legislativo no respondería.

Por eso nosotros en nuestra presentación solicitamos aclarar ese punto, que se incorpore el estándar que ya yo creo que hace parte del ordenamiento jurídico colombiano que es el que está en el artículo 160 del protocolo uno o 161 no recuerdo bien el protocolo uno a los convenios de Ginebra que dice que responde el superior cuando sabía o cuando tenía información a partir de la cual hubiera debido concluir que esas atrocidades se estaban cometiendo, es una reforma sencilla que blinda el acuerdo frente al derecho internacional.

Y el segundo punto es el relativo al mando efectivo, aquí la regulación en el acuerdo frente a la guerrilla está bien porque se remite al artículo 21 del Estatuto de la Corte Penal Internacional, pero la regulación incorporada en el Acto Legislativo en relación con miembros de la fuerza pública es problemática, el tema tiene un sentido técnico pero consecuencias políticas y jurídicas trascendentales por lo cual me permito su indulgencia para mirar ese tema técnico.

¿Qué es lo que dice el Acto Legislativo? Que solo se entenderá que hay mando efectivo si concurren cuatro circunstancias que trae el Acto Legislativo, esas circunstancias son bastante razonables, son circunstancias que normalmente la Corte Penal Internacional o la Corte de Yugoslavia han tenido en cuenta para ver si hay o no mando efectivo, pero tanto la Corte Penal In-

ternacional como la Corte de Yugoslavia, por ejemplo la corte internacional en el caso Bemba en el párrafo 188 señala claramente que el tema del mando efectivo es un tema empírico, que puede tener connotaciones jurídicas pero es empírico, es fáctico.

Es decir si uno prueba que fácticamente un comandante tenía mando de efectivo sobre sus subalternos se cumple ese requisito y ¿qué es tener mando efectivo? Es tener la posibilidad efectiva de impedir que los subalternos cometieron esas atrocidades, no hay ningún requisito formal jurídico para aprobar ese mando efectivo en el derecho internacional, en el Acto Legislativo se establecen requisitos formales jurídicos.

Por ejemplo, que estuviera mando en la zona, por ejemplo que tuviera la capacidad formal de dar órdenes, son indicadores importantes pero decir que se tienen que cumplir esos requisitos para que haya mando efectivo contraviene el derecho penal internacional, contraviene el estatuto de Roma, y contraviene el derecho penal consuetudinario que dice que hay distintos indicadores para probar que hay mando efectivo.

Por eso nosotros sugerimos que se indique que los Magistrados de la jurisdicción especial de paz podrían tener en cuenta esos requisitos como elementos para determinar si hay o no mando efectivo pero que el mando efectivo es un asunto material que los Jueces determinarán en cada caso.

Sobre ese punto de efectivo preciso llamó la atención la fiscal de la Corte Penal Internacional diciendo que eso contravenía el estatuto de Roma y precisamente citó el caso Bemba y el caso Bemba es interesante porque en el caso Bemba, Bemba que era comandante de unas milicias en Congo respondió por crímenes ocurridos en República central africana donde no tenía mando formal, pero le probaron que si tenía mando efectivo, entonces por eso es que nosotros sugerimos ahí esa redacción.

Y termino señor Presidente con esta consideración, si uno no ajusta el Acto Legislativo a los requisitos establecidos por el derecho penal internacional en especial para los miembros de la fuerza pública uno no le aseguraría a los miembros de la fuerza pública que acudan a la jurisdicción especial de paz o sea llamados por ella que realmente si pasa por la jurisdicción especial de paz su caso tendrá seguridad jurídica porque si no está ajustado a los estándares internacionales no se puede garantizar esa seguridad jurídica y por eso es que hacemos ese llamado a reformar ese artículo con las consideraciones técnicas que presentamos en los documentos que remitimos a la mesa.

Muchas gracias señor Presidente.

La Presidencia ofrece el uso de la palabra a la doctora Marta Lucía Olano Noguera, Presidenta del Consejo Superior de la Judicatura:

Buenos días, se dirige a ustedes Marta Lucía Olano de Noguera Magistrada del Consejo Superior de la Judicatura y Presidenta de esta corporación, agradecer la invitación que nos hicieron a esta audiencia pública de procedimiento legislativo especial para la paz, Acto Legislativo 01 del 2016 con un cordial saludo para esta mesa directiva y para todos los asistentes.

El Consejo Superior de la Judicatura en su condición de órgano de gobierno y administración judicial apoya los pronunciamientos institucionales que sobre

la materia ha realizado el Consejo de Estado y nuestra Corte Suprema de Justicia y en este orden de ideas considera que los actos legislativos que actualmente cursan en el honorable Congreso de la República deben tener como finalidad primordial la satisfacción de los derechos de las víctimas y la consolidación de la paz con énfasis en la restauración y reparación de los daños causados en el marco del conflicto armado.

En este sentido de manera respetuosa me permito presentar algunos aportes para este debate, primero, el funcionamiento de la jurisdicción especial de paz, la jurisdicción especial de la paz es la columna vertebral de la iniciativa, el artículo quinto transitorio el Proyecto Acto Legislativo señala que estará sujeta a un régimen legal propio con autonomía administrativa, presupuestal y técnica, administrará justicia de manera transitoria y autónoma.

Y conocerá de manera preferente sobre todas las demás jurisdicciones y de forma exclusiva de las conductas cometidas con anterioridad al 1° de diciembre de 2016 por causa o con ocasión en relación directa o indirecta con el conflicto armado por quienes participaron en el mismo en especial respecto a conductas consideradas graves infracciones al derecho internacional humanitario o graves violaciones de los derechos humanos.

Lo anterior significa que la jurisdicción especial para La Paz no hará parte de la estructura de la rama judicial, es decir que se trata de una justicia especial, paralela, autónoma y preferente a las jurisdicciones que conforman la rama judicial, si la justicia especial para La Paz no entra a formar parte de la rama judicial se hace necesario precisar cuál va a ser su capacidad de funcionamiento.

Es decir ¿de dónde van a salir los recursos para su funcionamiento? Y obviamente se debe dejar en claro que esta situación no afecta ni afectará el presupuesto de la rama judicial, ni las más fuentes de financiación que le fueron asignadas a través de la reforma tributaria estructural aprobada recientemente por el Congreso de la República esto es el 2% adicional de los laudos arbitrales y el 2.5% referente a ciertos actos notariales los que fueron asignados como recursos propios de la rama.

El acuerdo de paz se vincula necesaria y directamente con el marco orientador de sostenibilidad de las finanzas públicas que rige la política fiscal el artículo 334 de la Constitución, por lo tanto la implementación de la justicia especial para La Paz debe garantizar no solo los recursos para toda la infraestructura necesaria para los programas, mecanismos y medidas del acuerdo sino también garantizar la sostenibilidad y el fortalecimiento de la institucionalidad actualmente vigente.

Por ello el Consejo superior de la judicatura exhorta al Congreso de la República para que dentro de los Proyectos de Acto Legislativo se establezca con claridad que el funcionamiento de la justicia especial para La Paz no implica la afectación presupuestal de la rama judicial.

Como segundo punto la coordinación y articulación interinstitucional, por la naturaleza de sus funciones de la jurisdicción especial para La Paz tendrá que obtener información y solicitar colaboración de diferentes organismos entre aquellos que hacen parte de la rama

judicial por lo que se debería establecer la forma como a ello habrá de suceder.

A manera de ejemplo el artículo quinto transitorio en su inciso segundo prevé que si con posterioridad a la entrada en vigencia este Acto Legislativo y a la finalización del proceso de dejación de armas alguna de las personas sujetas a la jurisdicción especial cometiera un nuevo delito este será de conocimiento de la jurisdicción ordinaria lo que necesariamente implicará una coordinación y articulación que no se encuentra prevista en esta propuesta de Acto Legislativo.

Tercero, acciones de tutela contra acciones u omisiones de la justicia especial para La Paz, el inciso cuarto del artículo octavo transitorio el Proyecto Acto Legislativo dispone “la decisión sobre selección de fallos a revisar en tutela será adoptada por una sala conformada por dos Magistrados de la corte constitucional escogidos por sorteo y dos Magistrados de la jurisdicción especial para La Paz, el fallo será seleccionado si los cuatro Magistrados votan a favor de la selección”.

Lo anterior significa que se estaría estableciendo el veto de uno de los Magistrados en contra de la voluntad de la mayoría que seleccione la tutela, lo que restringe el derecho de acceso a la administración de justicia prevista en el artículo 229 de la Constitución, es decir a pesar de que tres Magistrados consideren que el fallo debe revisarse otro lo impide cuando debería primar la voluntad de la mayoría y no la de este como normalmente ocurre.

El mecanismo de selección consagrado no encaja en una normativa garantiza y no permite la protección de los derechos fundamentales establecidos en la carta política, por ello respetuosamente el texto ha de modificarse en el sentido que la decisión de la selección sea adoptada por la mayoría, cambio que puede efectuarse a fin de respetar la esencia de lo pactado como se hizo con la sala incidental que dirimirán los conflictos de jurisdicción, artículo noveno transitorio donde se sustituyó el Consejo superior de la judicatura por la corte constitucional a pesar de lo convenido en el acuerdo de paz.

Cuarto, facultades de la Secretaría ejecutiva, el artículo séptimo transitorio Proyecto Acto Legislativo se establece que “la Secretaría ejecutiva se encargará de la administración, gestión y ejecución de los recursos de la jurisdicción especial para La Paz, el Secretario ejecutivo podrá adoptar medidas cautelares anticipadas para preservar documentos relacionados con el conflicto armado conforme a la ley”.

La redacción del precepto implica una amplia gama de facultades y no limitadas en el tiempo, por lo que es posible que el Secretario ejecutivo decreta medidas cautelares a pesar de estar funcionando la jurisdicción especial para La Paz, de ahí que interferiría en la labor de esta no existirían funciones paralelas, no obstante en el punto 69 el acuerdo sobre las víctimas del conflicto se indica que el Secretario ejecutivo de la jurisdicción para La Paz podrá adoptar medidas cautelares anticipadas a la entrada en funcionamiento de la totalidad de las salas y excepciones de la jurisdicción.

Al respecto se considera que la limitación en el tiempo es conveniente por lo que se recomienda que la misma sea incorporada al Proyecto de Acto Legislativo a fin de evitar confusiones y en consecuencia se debe

complementar el texto legislativo con lo plasmado al respecto en lo pactado.

Quinto, cumplimiento del marco jurídico internacional, el inciso tercero del artículo transitorio quinto se expresa “la justicia especial para La Paz al adoptar sus resoluciones o sentencias hará una calificación jurídica propia del sistema respecto a las conductas objeto de la misma calificación que se basarán en el código penal colombiano y o en las normas de derecho internacional en materia de derechos humanos, derecho internacional humanitario, derecho penal internacional, siempre con aplicación obligatoria el principio favorabilidad”.

Al respecto conviene recordar que el marco normativo constitucional colombiano es respetuoso del derecho internacional público, artículo 9°, 53, 93, 94 y 214 de la Constitución, por ello la justicia especial para La Paz debe utilizar los principios internacionales de protección de la persona humana consagrados en el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario.

Las disposiciones transitorias que se pretenden adicionar a la Constitución deben sujetarse a parámetros estrictos de control, y no deben ser contrarias ni deben devaluar los principios del Estado de derecho, ni los principios internacionales de protección de los derechos humanos.

Entonces, conforme a lo anterior es obvio que la calificación jurídica propia del sistema de justicia transicional en el marco del posconflicto debe basarse en el código penal, el derecho internacional de los derechos humanos, el derecho internacional humanitario y el derecho penal internacional, es decir se deben tener en cuenta los marcos normativos nacional e internacional sin que puedan ser exclusivos el uno o el otro.

Por ello la judicatura considera que la mencionada disposición al incluir la conjunción y/o podría interpretarse de forma errónea y excluyente por lo que se sugiere suprimir la O.

Agradezco a todas las personas que están en este recinto haber escuchado esta intervención que es la voz del Consejo superior de la judicatura y en estos términos dejamos sentadas las principales observaciones que tenemos al respecto, gracias Presidente.

La Presidencia ofrece el uso de la palabra al Brigadier General (R), Jaime Ruiz Barrera:

Muchas gracias señor Presidente, honorables Senadores, integrantes de esta Comisión, doctor Reyes un Asesor Presidencial digestor de todos estos articulados que cursan en el Congreso para la implementación de lo acordado con base en los compromisos adquiridos en los honestos acuerdos.

Mi intervención es muy breve, ya presentamos formalmente por escrito una ponencia donde planteamos con claridad que es porque estos textos que actualmente se tramitan ante el Congreso de la República y en estos dos últimos debates del Senado de la República son muy lesivos para los miembros de la fuerza pública que sean sometidos a esta jurisdicción especial.

Quiero decir con claridad que en este momento hemos sido víctimas de un engaño, sobre este tema veníamos trabajando conjuntamente con el equipo del Ministerio de defensa planteando una serie de observaciones sobre temas que consideramos perjudiciales y no coincidentes con el anuncio presidencial de que

se nos otorgaría suficiente seguridad jurídica y plena protección y blindaje internacional.

Para discutir este tema, no hace mucho por orden del señor Presidente de la República, se convocó a una reunión, en presencia del señor Ministro Nacional, en presencia del doctor Yesid Reyes que se encuentra, quienes en tercer lugar planteamos una serie de observaciones que se discutieron ampliamente, amigablemente, con suficientes argumentos, de siete propuestas aceptaron cinco.

El compromiso era que quedarían en este Acto Legislativo que está en trámite, no se cumplió, por indicación del señor Presidente de la República asistimos a la casa de Nariño con el fin de oír nuevamente esa decisión gubernamental de darnos la protección jurídica que insistentemente se venía anunciando en razón a esto que se venía pactando con las Farc.

Advirtiendo una línea roja importante, ningún tema militar sería discutido en La Habana, ese día por petición del señor Ministro de Defensa hicimos una declaración pública conjunta donde decíamos que la justicia transicional frente a las circunstancias del momento era la mejor opción, quizás no una maravilla para manejar los procesos penales que tuvieran que ver con la situación sub judice de muchos miembros de la fuerza pública.

Así se hizo, partimos del principio de la buena fe doctor Yesid Reyes de que eso se iba a cumplir, no se cumplió, extrañamente a los pocos días en la renegociación de los acuerdos y quienes estaban allí a nombre del gobierno introdujeron un párrafo sobre el cual insistentemente algunas ONG y organizaciones de la extrema izquierda han venido a decir que es extremadamente indispensable para poder procesar con rigor a los miembros de la fuerza pública.

El artículo 28 del estatuto de Roma, ese estatuto o mejor ese artículo 28 no está en el bloque constitucional, y no está desde el año 2002 cuando apareció el famoso estatuto y no está porque hubo sentencias, y cuatro sentencias de la corte constitucional en que lo rechazó por ser nocivo y porque va en contravía de lo que es la legislación interna nuestra, nuestro derecho interno, nuestra carta política.

No es que es ahora, es desde esa época pero ahora insistentemente lo quieren introducir y ya nos lo dijo el doctor Reyes, eso ya está, eso quedó incluido dentro de la jurisdicción, no figura taxativamente como tal en lo que se ha escrito y en la normatividad que aparece en el Acto Legislativo, pero todo su contenido está, cosa que nos va a obligar a responder con todo el rigor a todos aquellos que han tenido responsabilidad de mando en los diferentes niveles.

Eso es muy amplio, es cierto todo, comandante, está en la obligación de saber, pero, si no sabe de malas porque ha debido saber y no se requieren pruebas, el solo hecho de tener la responsabilidad del mando va a tener que cumplir penalmente por cualquier actuación de sus subalternos.

Esto lo hemos discutido como muchos de ustedes señores Senadores, gracias y por fortuna hemos encontrado respaldo en el Congreso de la República, en las sesiones que se llevaron a cabo en los debates, mejor en la Cámara de Representantes, hubo respaldo de las diferentes bancadas, hubo respaldo de los ponentes, entendieron la necesidad de corregir estos textos pero

nos advirtieron, si el gobierno no lo hace nosotros no podemos hacer absolutamente nada.

Y el Gobierno para este caso era el Ministro del Interior quien advirtió que no le cambiarían una coma al capítulo séptimo, entonces ¿qué se nos dijo?, ¿que se nos ofrece?, Nos sentimos solos señores Congresistas, los soldados y los policías de este país que se la han jugado y se la siguen jugando, y se la seguirán jugando porque en eso somos muy profesionales que se sienten solos, desamparados, si esto no se soluciona en los dos debates que vienen la moral y ese compromiso, ese acto de fe de nuestros militares y policías para defender estas instituciones no va a ser igual.

Se puede perder algo que es fundamental en cualquier institución armada, la voluntad de lucha, y eso es lo que está en riesgo en estas condiciones, y eso, pasada y sin las correcciones que hemos propuesto que tengan la certeza de que no habrá quien defienda este país, todo está escrito señor Presidente, sé que ya están en poder de la Comisión estos planteamientos con argumentos jurídicos suficientes.

El Estatuto de Roma que no está en el bloque Constitucional, no es obra elegante, lo dijo la doctora aquí primer derecho interno, quienes delinquen en el territorio nacional deben ser juzgados con nuestra legislación, con nuestro derecho y por nuestros Jueces naturales, los Jueces de la República que tienen su competencia, eso es lo que debe prevalecer, la Constitución, lo que peleamos, lo que defendemos, esa institucionalidad que está en riesgo.

Revise lo que usted tiene en sus manos, cambiemos las palabritas, cambiemos la redacción, usted es decisivo, es usted, usted conoció lo que pasó en Cuba y es una cosa arbitraria, a espaldas del mando militar, a espaldas del Ministro de defensa, el famoso mico y hubo un segundo mico en la última sesión que se dio en la cámara, una abogada que trató de meter a nombre del Ministerio de Defensa algo que nos puede causar mucho daño con la interpretación que se lee, eso del derecho penal internacional, abrir esa puerta es abrir la puerta a cualquier jurisdicción internacional, es abrir la puerta completa al estatuto de Roma y someternos a esta jurisdicción internacional que para nosotros no es ninguna garantía.

¿Quiénes nos van a juzgar? Cinco organismos importantísimos, representativos, Naciones Unidas ¿A quién designó? Un funcionario peruano amigo de Sendero Luminoso como Ministro de Justicia revocó cualquier cantidad de resoluciones que se dieron dentro de los procesos que se adelantaban contra esta organización, después en su condición de integrantes de la Comisión Internacional de Defensa como juez y también fue Presidente, adelantó más de 12 procesos contra el Estado colombiano y contra miembros de la fuerza pública en que todos fuimos condenados o el Estado colombiano fue condenado.

Él nos va a escoger los Jueces y Magistrados que nos van a juzgar, su posición sesgada es evidente, ¿qué garantías tenemos? Ninguna, la justicia transicional, organismo internacional, pensamos inicialmente claro nombraron a Camila Moreno que es la Representante para Colombia no destinaron a su Presidente mundial, militante de los Botoneros preso en Argentina por mucho tiempo alegó vejámenes, torturas, Human Rights lo sacó de la Argentina con la calificación de ser un preso por cuestiones ideológicas, preso de conciencia, lo pro-

tegió con otras ONG en los Estados Unidos y ahora va a ser que nos va a seleccionar los Jueces y Magistrados.

¿Qué garantías tenemos señores Congresistas? ¿Qué respuesta le podemos dar al país cuando le harán este tratamiento a estos militares y policías que día a día no han hecho otra cosa que defendernos?

Muchas gracias.

La Presidencia ofrece el uso de la palabra a Monseñor Fabio Henao:

Muchas gracias señor Presidente Carlos Fernando Mota, un saludo también para el señor Vicepresidente Armando Benedetti y a todos los señores Congresistas, los participantes en esta audiencia pública.

Quisiera hacer referencia a temas que tienen que ver con el sistema integral justicia y reparación y en especial con la jurisdicción especial para la Paz, llamando la atención sobre la necesidad de que se mantenga la centralidad de las víctimas en toda la discusión, a lo largo de estos años hemos hecho acompañamiento con otras organizaciones sociales como Codes con quienes hemos trabajado este texto y otros, o sea, la importancia que las víctimas realmente se encuentran en el centro de la discusión sobre el sistema integral y sobre la jurisdicción especial para la Paz.

En segundo lugar, nos parece muy importante que se apunte hacia la garantía de la satisfacción de derechos, la gran pregunta que nos hacemos desde muchas organizaciones es ¿cómo se va a llegar a establecer las verdaderas garantías para las víctimas? Y nos parece muy importante que en este momento de la reflexión, y el estudio y el análisis de los acuerdos hechos con las Farc EP toda la discusión se rece entre nuevamente en el tema de las víctimas, garantizar el acompañamiento, definir de qué manera se les va a dar acompañamiento jurídico, definir también la forma como se va a lograr establecer el debido proceso y finalmente de qué manera se va a llevar a práctica el debido respeto por el enfoque diferencial que el país ha construido a lo largo de los años.

Para ello se requieren procedimientos legislativos apropiados y eficaces que garanticen un equitativo, efectivo y rápido ejercicio de los derechos de las víctimas, quería llamar la atención sobre algunos asuntos particulares, uno de ellos es sobre adicionar un Parágrafo al artículo transitorio 1° del Proyecto de acto Legislativo número 02 de la Cámara, acumulado con el Proyecto de acto Legislativo número 03 de Cámara 2016 de la siguiente manera.

Que se garantizará la participación real y efectiva de las víctimas en el sistema integral de verdad, justicia, reparación y no repetición sin excepción de ningún mecanismo u órgano que lo conforman y para tal efecto se creará una unidad de acompañamiento y participación de las víctimas en dicho sistema, una ley desarrollará las garantías sustanciales probatorias y de acceso encaminadas a que las víctimas para satisfacer sus derechos a la verdad, la justicia y la reparación en el marco de la jurisdicción especial para la Paz con medidas diferenciadas, especiales para aquellos que se consideren sujetos de especial protección constitucional.

Las leyes en la materia deberán atender como mínimo a los principios rectores de la centralidad de las víctimas y sus derechos, tratamiento penal especial condicionado a las garantías y los derechos de las víc-

timas, integralidad, debido proceso, no regresividad en el reconocimiento de los derechos y enfoque especial diferenciado.

Esto parece de una enorme importancia porque muchas de las víctimas viven actualmente en condiciones muy difíciles de precariedad y muchas de ellas no logran tener acceso a los beneficios que les otorga la ley, no existe un conocimiento en el mundo de las víctimas de cuáles son las garantías establecidas para ellas y por lo tanto existiría que una medida central tendría que ser, garantizar la participación efectiva de las víctimas.

En segundo lugar proponemos que se trabaje en tema de reparación integral en el Sistema de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición, el tema de las reparaciones es un tema que se ha vuelto muy sensible, hay un temor de que haya o se adopte un camino minimalista en la reparación a las víctimas es decir sin diferenciar claramente lo que es reparación de lo que son medidas asistenciales y transitorias para establecer un sistema que de verdad se constituye en una reparación a los daños sufridos durante el conflicto para todas las víctimas en discriminaciones.

Priorizando en el acceso a las víctimas a los objetos especiales de protección constitucional y garantizando progresivamente para el universo de las víctimas las fuentes suficientes y determinación de las medidas materiales de reparación en un contexto de igualdad.

Son esas pues las propuestas señor Presidente con las cuales queremos llamar la atención sobre la necesidad de mantener la centralidad de las víctimas en toda la discusión en favor de quienes han sufrido en este conflicto.

Muchas gracias.

La Presidencia ofrece el uso de la palabra al doctor Odorico Guerra, Coordinador de la Mesa Nacional de Víctimas:

Muy buenos días para todas y todos los presentes, un saludo especial de parte de la Mesa Nacional de Participación Efectiva de las Víctimas, a todos los presentes y un agradecimiento, primero que todo a Dios y después a la Comisión que nos invitó a este escenario.

Para nosotros y nosotras las víctimas del conflicto armado vemos con una enorme preocupación y de pronto yo había preparado algunas palabras que traía escritas aquí pero oyendo a los intervinientes, pues, que a uno como más lleno de dudas y preocupaciones sobre todo por el sector que representamos que es el de las víctimas, los que hemos sido los directamente golpeados por este flagelo del conflicto armado interno en el país.

Y escuchando a Monseñor Henao que me antecedia veía que teníamos muchas coincidencias digamos en las conclusiones que hemos encontrado para la realización de su intervención toda vez que seguimos creyendo que en ese acto legislativo las víctimas no nos vemos como tan centrales, el gobierno a seguir insistiendo y repitiendo que las víctimas somos el centro de este proceso de paz y más en el tema de la implementación de los acuerdos pero nosotros creemos que allí no hay reglas claras.

Nos preguntamos por ejemplo ¿qué entidad sería la responsable de la implementación de la política públi-

ca para víctimas? Será la defensoría, será la unidad de víctimas, seguiremos divididos entre entidades que de una u otra forma no se ponen de acuerdo para lo que van a hacer y terminan haciendo actividades cada uno por su lado y que a la larga no representan un verdadero impacto para la vida de las víctimas este país.

¿Qué va a pasar con ese tema de la reparación integral? Se va a seguir reparando en el marco de la Ley 1448 en donde creemos que es un modelo de reparación absurda que de verdad no repara en nada a las víctimas del conflicto armado, creemos que hay que tener en cuenta las distintas consecuencias e impactos desproporcionados de las violaciones en relación con los objetos especiales de protección y que sus órganos deberán conformarse con criterios de equidad, de género y respeto a la diversidad étnica, religiosa y cultural.

Casi siempre que se pretende adoptar normas en este país se piensa de manera homogénea, pero es bien cierto que el país está lleno de enormes diferenciaciones que son las que enriquecen a Colombia, está el tema del debido proceso que coincidíamos también con Monseñor, se van a brindar de verdad garantías procesales para el victimario y que estas garantías deben ser ofrecidas a las víctimas en igualdad de condiciones.

Hemos visto en este proceso que hemos arrancado, que las víctimas seguimos en desventaja, no nos sentimos como tan protagonistas como crearíamos que lo íbamos a hacer, lo otro es que queremos que se garantice en un medio para hacer publicidad todos los proyectos de acto legislativo, normas que se vayan a aprobar en el Congreso, porque es poco o nada lo que la víctima bien se entera de lo que está sucediendo en el Congreso y sin embargo los procesos van a pasos agigantados y no está ocurriendo nada con respecto nosotros.

En el tema para la centralidad de las víctimas pedimos la participación de un elemento esencial tanto en la aplicación de la jurisdicción especial para la Paz como en el debate de la implementación y en la incidencia en políticas públicas por lo tanto deben existir procesos, protocolos y medidas administrativas que garanticen nuestra participación en condiciones de equilibrio, seguridad, acompañamiento institucional que satisfagan el goce efectivo de nuestros derechos como víctimas del conflicto armado.

Por último, nosotros reiteramos el enfoque de derecho planteado en el acuerdo y el principio de centralidad de las víctimas, pues es a través de la satisfacción de nuestros derechos que se le abra el camino para la reconciliación de toda la ciudadanía colombiana y la construcción de una sociedad mucho más justa y equitativa.

Debo decirles que hemos estado haciendo un llamado dentro de las víctimas a esa unidad o a esa unión que hay que hacer con todos los sectores que las víctimas representamos, entendemos que cada uno, digamos que es de su hecho victimizante o su victimización en el que tiene unos intereses personales, pero a la larga en todos esos intereses confluyen en esta jurisdicción de paz y como lo decía la magistrada ojalá ya hayan los recursos para que esto pueda llevarse a cabo porque en este país estamos acostumbrados a crear y crear normativas a montones, pero a la larga nunca hay plata para aplicarlas.

Muchas gracias.

La Presidencia ofrece el uso de la palabra a la doctora Paula Robledo, Delegada para Asuntos Constitucionales, Defensoría del Pueblo:

Buenos días, señor Presidente, señor Secretario, honorables miembros del Congreso de la República, intervinientes invitados a esta audiencia, en primer lugar quisiera excusar al señor Defensor del Pueblo Carlos Alfonso Negret quien por compromisos adquiridos previamente no ha podido asistir a esta audiencia, sin embargo, dada la trascendencia del tema ha delegado esta intervención en la Defensora Delegada para las Asuntos Constitucionales y Legales.

En los próximos minutos voy a compartir la posición, las observaciones, los comentarios de la Defensoría del Pueblo sobre el proyecto de acto legislativo, para la Defensoría del Pueblo este proyecto de acto legislativo reviste la mayor trascendencia, por eso no duda en destacar la necesidad en su aprobación, porque a través de él se va a materializar el punto cinco del acuerdo final firmado entre el Gobierno nacional y las Farc-EP.

Como presupuesto indispensable para la construcción de una paz estable y duradera, con este proyecto se pretende entre otras cosas como ustedes saben crear el sistema integral de verdad, justicia, reparación y no repetición, sin lugar a dudas es la columna vertebral del acuerdo de paz y tiene como propósito la garantía y satisfacción de los derechos de las víctimas, el cumplimiento de las obligaciones internacionales en cabeza del Estado colombiano y en particular aquellas relacionadas con el deber de investigar, juzgar y sancionar a los responsables de violaciones de derechos humanos y graves infracciones al derecho internacional humanitario.

Así como también la búsqueda e identificación de todas las personas dadas por desaparecidas en el contexto y en razón del conflicto armado, en este orden de ideas la Defensoría del Pueblo celebra que este proyecto de acto legislativo establezca como fundamento de la calificación jurídica que van a realizar los miembros de la jurisdicción especial para la Paz, no solamente el derecho interno sino también las normas del derecho internacional de los derechos humanos, el derecho internacional humanitario y el derecho penal internacional.

Ahora bien, la Defensoría del Pueblo llama la atención en el sentido de que este proyecto apenas es el soporte estructural para el funcionamiento de este sistema integral, tendrá que ser objeto de posterior reglamentación, es el primer paso para fijar los procedimientos internos del sistema, para poder garantizar los derechos de las víctimas.

Así las cosas son cuatro los comentarios que tiene la defensoría u observaciones sobre el articulado, en relación con el artículo transitorio quinto la defensoría llama la atención sobre la expresión, conductas estrechamente vinculadas al proyecto de dejación de armas porque considera que se está ampliando el ámbito de competencia de la jurisdicción especial para la Paz.

Y más adelante en el artículo 18 transitorio se excluyen de extradición las conductas cometidas, conductas estrechamente vinculadas con el proceso de dejación de armas, para la defensoría es fundamental concretar el contenido de esta expresión y evitar que a toda costa comportamientos ajenos a ese proceso de dejación de armas puedan incluirse en esta categoría, es necesario

entonces garantizar la seguridad jurídica y el principio de legalidad.

En relación con el artículo octavo transitorio esta disposición regula varios aspectos, en primer lugar la Defensoría del Pueblo comparte la necesidad de que las decisiones adoptadas por la jurisdicción especial para la Paz sean susceptibles de impugnación a través de acción de tutela, sin embargo llama la atención sobre la expresión utilizada por el acto legislativo que me permito leer “se establece que la acción de tutela procederá en contra de las audiencias judiciales solo por una manifiesta vía de hecho o cuando la afectación del derecho fundamental sea consecuencia directa por deducirse de su parte resolutoria y se hubieran agotado todos los recursos al interior de la jurisdicción especial para la Paz, no existiendo mecanismo idóneo para reclamar la protección del derecho vulnerado”.

Esa expresión manifiesta vía de hecho no es una categoría que guarde correspondencia con los requisitos generales y especiales de procedibilidad de la acción de tutela a la luz de la jurisprudencia de la corte constitucional.

En ese sentido se sugiere reformular esa expresión, acoplaron a los lineamientos jurisprudenciales y evitar interpretaciones que generen inseguridad jurídica y que puedan resultar restrictivas respecto de la procedencia de este mecanismo de amparo.

Por otra parte, en consonancia con lo que presentaba la Presidenta el Consejo superior el artículo también hace referencia a que la selección del fallo de tutela que será adoptado por la jurisdicción, la selección del fallo de tutela respecto de la decisión de la jurisdicción especial para la Paz debe ser aprobado por una sala conformada por dos magistrados de la corte constitucional y dos magistrados de la jurisdicción especial.

Es decir, el proyecto de acto legislativo exige unanimidad, la Defensoría del Pueblo a partir de la experiencia que ha tenido en las salas de selección de tutelas en la corte constitucional considera que efectivamente se estaría violando el derecho de acceso a la justicia y propone una modificación en el sentido de que este tipo de decisiones se adopten por mayoría y no por unanimidad.

Aunque el acto legislativo no lo señale, también es pertinente decir que bajo ninguna circunstancia los magistrados de la jurisdicción especial para la Paz que tomaron la decisión pueden hacer parte de la sala de selección de la tutela que se interponga contra dicho fallo, por último, en relación con este artículo la defensoría considera que es necesaria la presencia del ministerio público en la selección de dichas tutelas.

Es una medida que sin lugar a dudas contribuye a garantizar la transparencia y el control ciudadano sobre las decisiones que se adopten, el ministerio público adicionalmente debe mantener la facultad de poder insistir ante la corte constitucional respecto de las decisiones que se impugnen a través de acción de tutela.

En relación con el artículo 12 transitorio, también la Defensoría del Pueblo echa de menos la presencia del ministerio público en los procesos que se adelantan ante la jurisdicción especial para la Paz, no considera razonable dicha exclusión, porque la participación del ministerio público en todos los procesos judiciales está garantizada constitucionalmente, es necesario garantizar los derechos de las víctimas en estos procesos.

Por otra parte, el inciso segundo del artículo 12 establece que cuando un testigo declare contra alguna persona por una conducta, competencia de la jurisdicción especial para La Paz a cambio de obtener beneficios probatorios, su testimonio estará supeditado a que el contenido del mismo se ha corroborado por otros medios de prueba.

A juicio de la defensoría esta norma viola el principio de buena fe y limita de manera exclusiva la sana crítica como mecanismo de valoración probatoria vigente en nuestro ordenamiento jurídico, esta disposición llama la atención porque dadas las circunstancias en las que se dan las conductas que van a ser juzgadas por la jurisdicción especial para La Paz se podría obstruir el acceso a la administración de justicia si el valor de la prueba testimonial no se encuentra bajo las reglas de la sana crítica.

Por último, el artículo 15 transitorio de este proyecto de acto legislativo señala que el plazo para la conclusión de las funciones de la jurisdicción especial para La Paz será de 10 años, contados a partir de la entrada efectiva en funcionamiento de la totalidad de las salas y secciones de dicha jurisdicción y un plazo posterior de cinco años más para concluir su actividad jurisdiccional.

No obstante la norma dice lo siguiente, este plazo podrá ser prorrogado mediante ley a solicitud de los magistrados de la jurisdicción especial para la Paz, la Defensoría del Pueblo considera necesario que se señale un término preciso para la última prórroga sobre la terminación definitiva de la actividad de la jurisdicción especial para la Paz, hay que blindar los procedimientos de seguridad jurídica, hay que proteger los derechos de las partes y de las víctimas respecto a la expectativa legítima que tienen sobre las decisiones que profiera dicha jurisdicción, el derecho a la verdad, la justicia y la reparación de las víctimas no puede quedar sujeto a una jurisdicción transitoria cuya duración máxima no esté definida previamente, muchas gracias.

La Presidencia ofrece el uso de la palabra al doctor Javier Osorio López, ex Magistrado de la Corte Suprema de Justicia:

Buenos días señor Presidente de la Comisión, honorables Senadores, amigos que nos acompañan, al igual que los anteriores trataré de ser lo más puntual en relación con lo que me corresponde, en relación con el capítulo sexto del acto legislativo número uno que tiende a complementar y a estatuir y a plasmar el pensamiento jurídico político que tuvieron los representantes del gobierno y de las Farc en La Habana.

En realidad, de verdad que vamos camino a la búsqueda de la verdad, de la justicia, la reparación y no repetición, el estatuto como se encuentra después de haberlo leído concienzudamente a la luz de los tratados internacionales y de nuestras disciplinas internas que observo que cumple a cabalidad con los estándares internacionales y por sobre todo se integran los principios de la carta de las Naciones Unidas, de la convención de Viena, de los protocolos internacionales de los protocolos de ginebra y por sobre todo el protocolo número uno precisamente del artículo cuarto que protege a las víctimas.

Ese estatuto de entonces, mirando la convención de Viena que recoge nuevamente a los principios de igualdad, de soberanía, de autodeterminación de los pueblos

e independencia de los estados, y de allí a que como está redactado no necesita salvo unas poquitas correcciones de aditamentos por sobre todo para la protección de las víctimas y para el juzgamiento de las personas que han incurrido en conductas antijurídicas violatorias de los derechos humanos, precisamente porque en él se recogen las obligaciones que Colombia se ha comprometido desde antaño cuando ha suscrito los tratados internacionales como por ejemplo en materia de juzgamiento que se haga por los jueces con la constitución y las leyes o sea con la legislación interna.

Desde que se criminalizan las conductas violatorias de los derechos humanos que, que se investigue a cabalidad los crímenes de guerra, de genocidio y otros, Colombia ya lo viene haciendo desde hace mucho rato con miras a proteger los derechos y con amparo en la legislación interna especialmente por nuestro código penal.

Igualmente, nuestra obligación es la de sancionar eficazmente, son concedores de la cantidad de fallos en contra de todos, llámense militares, o civiles, que han violado los derechos humanos, y además colaborar con la corte penal internacional cuando asuma el conocimiento de algunos procesos por casos especiales extraordinarios o residuales o complementarios.

Esto para decir que el estatuto de Roma si bien es cierto que trae un artículo especial para la responsabilidad del mando que es el artículo 28, ese artículo realmente para nosotros no es aplicable, que eso es lo que se ha pretendido por un grupo que he leído en los últimos tiempos, traer ese artículo e incrustarlo en nuestra legislación colombiana.

No es necesario precisamente porque Colombia tiene sus estatutos propios, su disciplina propia, y como lo dice el mismo estatuto de Roma en su prólogo y en su artículo primero que hay que actuar y juzgar primeramente con base en la legislación interna y solo por si alguna razón, porque no es capaz, porque nuestros jueces no son lo suficientemente probos, por el que vendrá la corte penal internacional a escoger el que considere que se le puede llevar para luego someterlo a un procedimiento especial ante la corte penal internacional por iniciativa del fiscal de turno.

Digo esto porque ha sido muy manido para muchos, que se debe plasmar en la responsabilidad del mando del artículo 28 del Estatuto de Roma, y no es necesario precisamente porque el mismo estatuto reenvía este país a que tenga en cuenta los parámetros que ha tenido siempre en su estatuto penal colombiano y específicamente con respecto a la Constitución Nacional en su artículo 29 que trae una serie de principios entre ellos el debido proceso.

Y se dice por algunos que es que pueden quedar conductas sin resolver que, queriendo decir que podría haber impunidad, todo lo contrario, el acto legislativo a aprobar esta blindando al pueblo colombiano para que se proscriba definitivamente la impunidad.

Y se pone de ejemplo que es que la Corte Penal Internacional nos trae una jurisprudencia que es la del caso Bemba, en primer lugar, el caso Bemba no lo podemos tener como jurisprudencia porque apenas está haciendo tránsito a que se resuelva el recurso de apelación y aun suponiendo que ese fallo se confirme, tengan la seguridad que para nosotros no nos va a servir precisamente

porque primero tendríamos que mirar nuestra jurisprudencia, la jurisprudencia la Corte Constitucional.

Se ha dicho que se tendrá primero que atenernos al juzgamiento que trae en las disciplinas del código penal o mejor de la legislación interna, por consiguiente, el acto legislativo a aprobar se ajusta a todos los parámetros jurídicos nacionales e internacionales.

Muchas gracias.

La Presidencia ofrece el uso de la palabra a la doctora Gloria María Borrero Restrepo, Directora de la Corporación Excelencia en la Justicia:

Buenos días, mil gracias Mesa Directiva y señores Senadores por darnos este espacio, voy a hacer esta intervención a nombre de la Corporación Excelencia de la Justicia y del Instituto de Ciencia Política que somos dos entidades que nos hemos unido para hacerles seguimiento a todo este proceso legislativo para la implementación de los acuerdos de paz.

Fuimos dos organizaciones que somos y seguimos siendo amigas de la paz pero hemos tenido observaciones con el acuerdo firmado en La Habana, pero a pesar de eso lo damos por sentado y al analizar el acto legislativo que nos ocupa queremos primero agradecer este espacio, realmente no lo esperábamos, creíamos que el trámite legislativo iba a ser tan rápido que no íbamos a tener oportunidad de dar nuestras opiniones, esperemos que ellas sean escuchadas y ojalá, estamos a tiempo para poderle introducir algunas modificaciones al acto legislativo y si no pues dejamos una constancia histórica de nuestras observaciones.

Lo primero que nos preocupa es que el acto legislativo como lo han manifestado muchos tiene deficiencias en el tema de víctimas, en la centralidad de víctimas, en una de las últimas ponencias ya hay una frase general pero creemos que se podría hacer mayor esfuerzo para realmente darle esa centralidad a las víctimas y no dejarlo todo a la ley.

Aunque sabemos que es una jurisdicción especial creemos que si se debe articular debida forma con la rama judicial, no en vano esa rama judicial ordinaria ha conocido casos del conflicto armado durante muchos años y es deficiente en la articulación, no estamos de acuerdo por ejemplo como lo contiene el acuerdo de paz el tema de la revisión de tutelas.

Las reglas que están previstas en ese proyecto de acto legislativo Sujetan el ejercicio de las competencias propias de la corte constitucional a un derecho de veto de facto, y ahí creemos que realmente, que hay sustitución de la constitución, el tema de la revisión de las sentencias, también creemos que se puede ajustar el artículo sexto del proyecto que dice que procede contra conductas cometidas por causa con ocasión del conflicto y en relación con este o con la protesta social.

Podría deducirse que la protesta social es un supuesto independiente y creemos que es la protesta social relacionada con el conflicto armado, entonces debería haber alguna precisión al respecto, con respecto al modelo de gestión nos pareció su diseño exagerado creemos y nos hubiera gustado ver otro diseño de la jurisdicción especial para la Paz.

Sabemos que van a terminar saliendo muchas de las personas vinculadas del conflicto en relación con él por amnistía e indulto, si se va a quedar juzgando muy pocas personas íbamos a tener un gran aparato

burocrático que va a ser muy difícil de reducir, igualmente ojalá el acto legislativo precisara como lo dice la Defensoría del Pueblo el término exacto en que va a durar esta jurisdicción y eventualmente en caso de que hubiera necesidad de ampliar la que fuera por una ley especial, por ejemplo por mayorías especiales para que sea realmente excepcional.

En otros aspectos del modelo de gestión el régimen disciplinario, el proyecto de acto legislativo confunde el régimen, dice que puede ser el mismo de jueces y magistrados y son regímenes diferentes, entonces hay que hacer alguna precisión, quisiéramos que de entrada se prohibiera la puerta giratoria entre cortes y esa jurisdicción porque creemos que eso va a suceder, que es de la meritocracia en el proceso de selección de los magistrados y que sea transparente, hay que aclarar esas normas especiales, y quiero hablar finalmente porque se me está acabando el tiempo de dos puntos, el primero la participación de la Procuraduría, la corporación siempre ha dicho porque le ha hecho seguimiento sistema penal acusatorio que la Procuraduría no debería estar en un sistema de partes, pero este seguimiento que le hemos hecho durante 10 años al sistema penal acusatorio hemos podido constatar muchos casos en que el papel de la Procuraduría es fundamental en los procesos porque desafortunadamente hay muchas fallas aún y equilibra en muchos casos realmente los procesos y más en este momento.

Yo creo que es un debate que aún no está cerrado en el país, que vale la pena dar con tranquilidad y yo creo que en este momento en un caso tan importante como la Jurisdicción de Paz y debería tener un papel en el proceso en la Procuraduría, probablemente como participante en los procesos o como representante de víctimas en caso de que la víctima necesitó la representación para no confundir el papel de la defensa.

Y también y no porque hayan llegado aquí ni el Fiscal, ni el Procurador, porque fue un tema que discutimos en unas reuniones de organizaciones de la sociedad civil ampliadas que estamos haciendo de diferente espectro ideológico que estamos haciendo del deber por lo menos de entendernos, estuvimos revisando en detalle las posiciones públicas del fiscal con respecto a la agenda y lo de la reincidencia y lo de los delitos continuados.

Consideramos que con respecto a las reincidencias si es un nuevo delito indudablemente eso es competencia de la jurisdicción ordinaria, y debe acarrear la pérdida de beneficios JEP al infractor, y con respecto a delitos continuados indudablemente para que la JEP mantenga el conocimiento global del conflicto armado debe ser el reconocimiento de la JEP, pero se debe hablar de los beneficios se debe aplicar la máxima sanción.

En lo que no nos pusimos de acuerdo y que yo creo que ese es un debate que podemos dar cuando estemos tramitando la ley es en la máxima sanción es la ordinaria o es la que contiene la JEP, hemos hecho entrega a la mesa de un comunicado conjunto que hicimos donde están todos los demás detalles de la jurisdicción especial para la Paz y para información de todos ustedes y elección visible, coalición de la que soy vocera vamos a hacerle seguimiento a la selección de los magistrados y también a la corporación para montar un observatorio de la jurisdicción especial para la Paz que esperamos que sea de utilidad para todos los colombianos.

Mil gracias.

La presidencia ofrece el uso de la palabra al doctor Fernando Carrillo Flórez, Procurador General de la Nación:

Muchas gracias señor presidente de la Comisión Primera del Senado, señor Presidente del Consejo de Estado Jorge Octavio Ramírez, señor Fiscal General de la Nación, señora Presidenta de la Sala Administrativa del Consejo de la Judicatura, doctor Jaime Orlando Santofimio Consejero de Estado, señores Senadores, e invitados especiales.

Creo que debe tener la oportunidad de hacer algunas precisiones sobre la justicia especial para la Paz en función de la misión que ha asumido hace escasamente cuatro semanas es un privilegio por lo que representa en términos de la institucionalidad del país, yo creo que el debate de fondo es exactamente ese, es la implicación de lo que viene de atrás, de lo que estamos reformando y del futuro en términos de la preservación de unos controles establecidos en nuestra historia constitucional, casi que desde las primeras constituciones.

Yo quisiera recordar aquí que la Procuraduría General de la nación es la primera institución de control que nace en nuestro ordenamiento constitucional, data de 1830 y desde su instauración ha tenido una misión clarísima desde el punto de vista de su participación en un primer lugar en los procesos judiciales, su naturaleza primigenia arrancaría y precisamente como posteriormente en la medida en que las funciones preventivas disciplinarias han ido perfilando su acción en la institucionalidad colombiana.

Por eso diría que es un elemento esencial, vertebral de los frenos y contrapesos de nuestro sistema democrático, creo que cualquier atentado para eliminarla de una actuación de carácter judicial es vulnerable el núcleo de nuestra constitución, es poner en entredicho la parte dogmática de la misma y por eso independientemente de lo que pueda uno afirmar en relación con el entorno de los organismos de control me parece que nadie como la institución de la Procuraduría está llamada a jugar un papel en la justicia especial.

Porque así lo ha jugado en los diversos intentos de justicia especial que se han puesto en marcha, yo quiero recordarles que a mí me tocó ser el presidente de la Comisión de Justicia de la Asamblea Nacional constituyente que se ocupó de la justicia y del ministerio público, y lo que hicimos en el 91 fue dotar de mayor autonomía, de mayor presencia institucional y por supuesto de mayor efectividad como entidad que tiene la titularidad de los contrapesos en nuestro sistema democrático.

Luego, desconocer el papel de la Procuraduría en esta instancia es desconocer el ordenamiento constitucional, es desconocer los equilibrios que son fundamentales para nuestro sistema político y por eso quiero decirlo abiertamente estamos alertando como lo hemos hecho desde el comienzo al país sobre la exclusión de una institución que es crucial para el buen desenvolvimiento de esta justicia especial de paz, tanto en los procesos de paz del M-19 como en la justicia especial de paz, justicia y paz en el caso de los procesos de los años 90 y comienzos de este siglo, la Procuraduría ha servido de fiel de la balanza, de súper vigilante, de factor equilibrador de los derechos intervinientes en el

proceso máxime hoy en día cuando se ha dicho que las víctimas están en el corazón de este proceso de paz.

De tal manera que el riesgo es grande, se corre un riesgo cierto y potencial, para ponerle simplemente un ejemplo, si un magistrado de la justicia especial de paz impide al ministerio público participar, que tiene por antonomasia la defensa de los intereses de la sociedad, yo creo que perfectamente cabría todo tipo de acción de nulidad sobre un proceso de esa naturaleza.

Yo los invito señores Senadores a que no se corra ese riesgo, que se ratifique el papel que dentro de la institucionalidad ha jugado esta institución, porque ha sido garantía de transparencia, ha sido garantía para evitar el desbordamiento de los magistrados en algunos casos y casos o traer aquí a colación y sobre todo, insisto, las víctimas van a tener una representación, van a tener una entidad que con todo el bagaje histórico que tiene va a velar por sus intereses en la justicia especial de paz.

Para desplazar a la Procuraduría de la justicia especial de paz sería cercenarle esa posibilidad a las víctimas, la labor de representación del ministerio público en los procedimientos penales materializa los límites precisamente en el ejercicio de las funciones intervinientes en el proceso penal, de los operadores judiciales, porque la defensa de los intereses de la sociedad que es precisamente el principal mandato constitucional permite que esa labor, ya lo he dicho, esté inserta precisamente en la razón de ser de nuestra constitución y no en un simple accidente de la historia de nuestro sistema constitucional.

El ministerio público en casos anteriores ha advertido de errores en estas jurisdicciones, el ministerio público ha evitado posibles nulidades en las actuaciones, el ministerio público a través de sus intervenciones que cada día por supuesto habrá que seguir resonando ha servido para legitimar por ejemplo etapas preclusivas de los procedimientos.

El ministerio público a su vez ha servido en las justicias especiales para sistematizar comportamientos dentro de las actuaciones procesales diversas que se dan dentro de esta jurisdicción, para retroalimentar con buenas y malas prácticas en ejercicios de innovación legal y jurisprudencial que han sido fundamentales, aquí estamos hablando de un actor que ha servido es para construir y no para obstaculizar los derechos de los colombianos y en este caso hacia el futuro lo hará con los derechos de las víctimas.

De tal manera que hemos coadyuvado de manera directa en la realización de los derechos de los colombianos, esta institución de la Procuraduría no solo de las partes sino de todos los intervinientes, por eso señor Presidente, creo que esto sería no solamente una afrenta contra la constitución sino un gran retroceso democrático en la medida en que de lo que se trata aquí es de respetar unos controles, de dotar de garantías a las partes y sobre todo, insisto, develar por los derechos de las víctimas.

Lo que está claro es que en el pasado, en estas jurisdicciones especiales de paz que esta institución ha obrado siempre con ponderación, con equilibrio, con sensatez, y ese es nuestro compromiso, que quede claro, señor Presidente, si algunos argumentos aquí se pudieron ventilar en el sentido de que esta institución no cree en la paz o va a convertirse en un obstáculo para

el proceso mismo, que ese no es el caso, en el caso particular de la gestión que estoy desempeñando desde el pasado 16 de enero.

Ratificó el compromiso de ser garante de los acuerdos y ratificó el compromiso de ser el personero y el vocero de los derechos de las víctimas en esta jurisdicción, muchas gracias señor Presidente.

La Presidencia ofrece el uso de la palabra al doctor Jorge Octavio Ramírez Ramírez, Presidente del Consejo de Estado:

Gracias señor Presidente, primero, en primer lugar quiero extender un saludo al señor Fiscal, al señor Procurador, a la señora Presidenta del Consejo superior de la Judicatura, y a los señores Senadores y señoras Senadoras agradeciendo la invitación que nos hacen a esta audiencia pública para exponerle las observaciones y comentarios que el Consejo de Estado, que tienen relación con el proyecto acto legislativo para la organización de la jurisdicción especial de paz.

Primario como en escenarios como es que a juicio del Consejo de Estado son propicios para que en el marco de la colaboración armónica entre los poderes públicos puedan conocerse la posición oficial de los órganos máximos de la rama jurisdiccional sobre los puntos que buscan desarrollar, pactados en el acuerdo de paz y concretamente en este caso sobre la jurisdicción especial de paz.

Todo partiendo de una premisa fundamental de que buscamos aportar a esa aspiración de paz que anima a todos los colombianos garantizando los derechos de todos y asegurando la vigencia de la democracia el Estado social de derecho, de los elementos esenciales de la constitución política, del orden convencional en derechos humanos y el derecho internacional humanitario.

Recuerden, el Juez, señores Congresistas, contribuye decisivamente al funcionamiento y preservación de la democracia y por eso en opinión del Consejo de Estado salvo en circunstancias excepcionales como ocurre con la jurisdicción especial de paz que es transitoria y temporal no parece conveniente ni ajustado o de derecho la creación de otros órganos jurisdiccionales sustituyendo así el modelo de organización jurisdiccional que trae la constitución política por razones de tipo histórico, sistemático y filosófico.

Esa es la idea que inspira nuestra intervención, dado que un examen integral de la rama jurisdiccional permite afirmar que ella ha sido con los defectos que pueda tener y que no dejamos de reconocer garantía de convivencia y de imparcialidad tanto en la justicia ordinaria como en la jurisdicción contencioso administrativa en nuestro caso y en relación con la Jurisdicción Especial de Paz respecto de la responsabilidad del Estado me acordé naturalmente con los mandatos del Constituyente del 91 y en especial y en especial en relación con la verdad, la justicia y la reparación de todas las víctimas de actuaciones estatales y por sobre todo de los afectados con el conflicto armado que pretende superarse con el acuerdo logrado con la insurgencia.

De allí que pueda afirmarse que la jurisdicción contencioso administrativa con el Consejo de Estado a la cabeza es la autoridad judicial en América Latina que más experiencia que tiene sobre reparación de víctimas por daños antijurídicos derivados del conflicto armado, del control de convencionalidad y de la reconstrucción de la verdad en tiempos de conflicto con miras a garan-

tizar la responsabilidad estatal sobre la base de estándares internacionales en materia de reparación es tarea en la que se destaca la jurisdicción contencioso administrativa al aplicarla en los casos concretos que tiene por objeto, es decir aquellos que juzga o falla en materia de violaciones de derechos humanos o graves infracciones al derecho internacional humanitario, dando así cumplimiento a las obligaciones internacionales del Estado colombiano por ser el juez contencioso administrativo la autoridad judicial natural del derecho internacional en materia de responsabilidad estatal.

Hecho que además corrobora la solidez institucional del Estado colombiano en materia de justicia si se confronta con las experiencias en otros países que han iniciado procesos de transición hacia la paz, por lo anterior esta intervención tiene como objetivo destacar que la jurisdicción contencioso administrativa como juez protector de las víctimas a fin de que se mantenga a la misma como garante de esas pautas o estándares convencionales o jurisprudenciales como que ello, esto es mantener la competencia de la jurisdicción contencioso administrativa en materia de reparación de daños causados a las víctimas del conflicto armado fortalece los propósitos de la jurisdicción especial de paz a través del aporte que hemos hecho y podemos seguir haciendo en materia de verdad, justicia, reparación y garantías de no repetición.

Mi intervención, señores Senadores y Senadoras, el horno girará en torno a tres aspectos fundamentales, los relacionados con el Sistema de Justicia Transicional, los relacionados con la Rama Judicial y los relacionados con la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

En relación con el Sistema de Justicia Transicional nos permitimos hacer los siguientes comentarios, primero, consideramos que se debe establecer con claridad en qué estructura de Estado, en qué poder público mejor, se encuentra la jurisdicción especial de paz, a nuestro juicio la jurisdicción especial de parte de hacer parte de la estructura de la rama judicial como jueces que son a fin de garantizar precisamente en ese modelo constitucional de justicia o de organización jurisdiccional que trae nuestra Constitución, ello para preservar el poder para ello para preservar el equilibrio de poderes y la estructura del Estado consagrada en la Constitución del 91 que no quede como una rueda suelta para todos los aspectos constitucionales y legales.

Dado su carácter transitorio excepcional consideramos que esta jurisdicción especial está llamada a conocer de las conductas por causa y con ocasión y en relación directa o indirecta con el conflicto armado, con las consecuencias que puedan derivarse de ello, pero manteniendo siempre la competencia que históricamente ha tenido la jurisdicción contencioso administrativa respecto del control de legalidad de las aportaciones estatales y la declaratoria responsabilidad del Estado por daños antijurídicos.

Si la razón de ser de esta justicia especial de paz tiene sentido tomando como referente a la justicia transicional debe tenerse en cuenta que la justicia transicional lo que busca es juzgar la conducta de las personas, de los seres humanos, de las personas que integran las fuerzas involucradas en el conflicto pero no la responsabilidad institucional del Estado colombiano por los daños causados con ocasión de este conflicto.

En ese sentido consideramos que la jurisdicción especial de paz no puede sustituir la jurisdicción con-

tencioso administrativa que es la que juzga la responsabilidad del Estado, esto es al juez permanente no solo por razones jurídicas o de conveniencia sino poético constitucional y de derecho internacional.

Todo partiendo repito, que la premisa fundamental de la justicia transicional es el juzgamiento de las personas y no del Estado, además consideramos que la independencia e imparcialidad y autonomía que pregonan tanto nuestra carta política como todos los instrumentos internacionales como características esenciales del juez deben aplicarse en lo que tiene que ver con la elección y nombramiento de los Magistrados que integrarán la jurisdicción especial de paz.

De allí que consideramos necesario que se fijen unas reglas mínimas, son unos criterios de mérito para la selección de esos magistrados que integran la jurisdicción especial de paz con un procedimiento que garantice la publicidad a través de una convocatoria pública con la posibilidad de que la ciudadanía presente observaciones y que la selección responda a la experiencia profesional, la trayectoria y formación académica otros para asegurar la idoneidad de los relacionados más cuando ellos no están sometidos al régimen de carrera judicial.

Igual sugerencia hacemos sin desconocer la relación jerárquica propia del órgano acusador respecto de los fiscales que compondrán la unidad de investigación y/o acusación los cuales serán nombrados y posesionados por el director de la misma unidad.

Dada además la diferencia o la división del trabajo entre las diferentes salas y dependencias de la jurisdicción especial de paz consideramos que la puesta en funcionamiento de la jurisdicción especial de paz debe obedecer, debe ser gradual, no tiene sentido que se pongan a funcionar simultáneamente todas las salas en la medida en que todas no iniciarán funciones de manera inmediata.

La sala de apelaciones por ejemplo que solamente empezará a funcionar cuando las otras salas, la de verdad y reconocimiento las otras salas de la jurisdicción especial de paz vayan produciendo decisiones que deban llegar a la sala de apelaciones, por esa razón repito consideramos que debe obedecer a esa razón de gradualidad.

Atendiendo además razones de celeridad y economía y razones de constitucionalidad consideramos que el reglamento de funcionamiento sobre todo las normas procedimentales de esa jurisdicción especial de paz deben ser expedidas por el Congreso de la República, en esa materia consideramos que impera el principio de reserva de ley y en esa medida cualquier procedimiento o reglas del procedimiento que desconozcan ese principio de reserva de ley podrían verse afectadas de inconstitucionalidad.

Cabe recordar aquí repito del principio del derecho, de la reserva de ley y el derecho al debido proceso de garantizar precisamente que sea el legislador quien dicte las normas procesales de mayo, premisa o afirmación que tiene sustento repito en nuestra Constitución y en los instrumentos internacionales más concretamente en la Convención Interamericana de Derechos Humanos.

En lo que tiene que ver con los asuntos relacionados con la rama judicial nos parece que la inclusión en reglamentación de la acción de tutela contra acciones u omisiones de la jurisdicción especial de paz puede facilitar o evitar los llamados choques de trenes que pueden

agudizarse si se crean otros organismos jurisdiccionales por fuera del modelo judicial que existe hoy en día.

Mecanismo que incluso podría hacerse extensivo de manera permanente a las otras cortes como un medio o instrumento para solucionar los denominados choques de trenes, creemos además que deben precisarse los presupuestos de procedencia de la tutela contra las decisiones de la jurisdicción especial de paz y en ese sentido pensamos que lo más razonable es seguir las pautas que en esa materia, es decir, el de tutela contra providencias judiciales ha fijado nuestra Corte Constitucional y además fijarse unas pautas o reglas previas y objetivas para la selección de las tutelas del sistema integral de verdad, justicia, reparación y no repetición selección que además consideramos debe hacerse en la audiencia pública.

Ahora, en relación con la jurisdicción contencioso administrativa, el constituyente del 91 y desde antes asignó a la jurisdicción contencioso administrativa la reparación de los daños causados por actuaciones institucionales y la reparación integral de los perjuicios sufridos por las víctimas tarea que viene cumpliendo esta jurisdicción repito desde antes de la Constitución del 91 y que armoniza además con los deberes internacionales del Estado colombiano dentro del subsistema americano de derechos humanos y global del Derecho Internacional Humanitario.

Por eso hemos dicho que debe preservarse la competencia de la jurisdicción contencioso administrativa, la jurisdicción contencioso administrativa ha contribuido al esclarecimiento de la verdad con los diversos fallos que en esa materia es decir, en la indemnización de las víctimas del conflicto armado ha expedido o sido expedidas por jueces tribunales y Consejo de Estado, esa razón histórica y esa razón filosófica por decirlo de alguna manera justifican que en el proyecto acto legislativo se explicita que la responsabilidad derivada de la derivada de la actuación de los agentes estatales que comprometa la responsabilidad del Estado debe permanecer en cabeza de la jurisdicción especial de paz.

Tenemos también tenemos algunos comentarios en relación con la acción de repetición regular entre otras en las normas de amnistía e indulto, consideramos que el pensar que esta acción de repetición que del texto pueda colegirse que la regla general en la extinción de la acción de repetición puede vulnerar elementos esenciales de nuestra carta política concretamente del artículo 90 de la Constitución y afectar también los derechos de las víctimas en la medida en que en la acción de repetición sería la responsabilidad personal de los agentes lo que es determinante para el esclarecimiento repito, de la verdad del conflicto y la reparación integral.

Otro aspecto que, otro aspecto que también debe dejarse muy claro son los efectos de las sentencias que se expidan en la jurisdicción especial de paz condenatorias o absolutorias frente a la actuación de los agentes del Estado y su relación con el servicio nexa que permite predicar la responsabilidad del Estado, garantizando, creemos nosotros, en todo caso la inmutabilidad de la unidad e independencia de las sentencias de la jurisdicción contencioso administrativa al desligar la responsabilidad institucional del Estado de la responsabilidad personal de sus agentes.

Hoy en día recuerden ustedes que considera la jurisprudencia que esas decisiones de carácter penal, hablo

de la justicia ordinaria, no tienen carácter vinculante para efectos de la responsabilidad estatal dado que la jurisdicción contenciosa examina la responsabilidad de la institución y no la responsabilidad personal principio que a nuestro modo de ver se debe mantener explicitando repito las competencias en esa materia de la jurisdicción especial de paz y reiterando y reafirmando las que son propias de la jurisdicción contencioso administrativa.

Porque consideramos que de resaltarse en la discusión de este proyecto de jurisdicción especial de paz y en general en todos aquellos proyectos normativos que tengan que ver con el acuerdo de la Habana debe resaltarse repito el enfoque de género, que debe ser transversal a la implementación de la justicia transicional, no solamente en la conformación de la jurisdicción especial de paz donde debe tenerse en cuenta ese enfoque de género sino lo que tiene que ver con el esclarecimiento de la verdad y la participación pasiva o activa de la mujer en el conflicto armado como que es una de las personas digamos más impactadas con el conflicto.

En relación con el artículo 17 del proyecto de acto legislativo guardamos serias reservas, el artículo 17 del proyecto de acto legislativo fija para unas pautas para la reparación de los daños causados y creemos que tal como está redactado atenta contra el derecho internacional y los principios convencionales y las normas internas entre tanto no permite la reparación integral del daño.

Reparen ustedes qué hace referencia como pautas para la indemnización a la equidad en la distribución de la distribución en los recursos disponibles y otros más...

La Presidencia interviene para un punto de orden:

Cinco minutos más.

Recobra el uso de la palabra el doctor Jorge Octavio Ramírez Ramírez, Presidente del Consejo de Estado:

Gracias señor Presidente, trataré de ser muy breve para rematar la intervención, pero ustedes entenderán que esto es demasiado importante para la jurisdicción, trataré de ceñirme entonces señor presidente.

Con la venia de la Presidencia y del Orador, interpela el honorable Senador Germán Varón Cotrino:

Muy rápida y muy sencilla, me parece que es de la mayor importancia poder oír todos los argumentos, un límite me parece que le puede impedir al Magistrado explicar con claridad temas que me parece que son absolutamente claros dentro de la exposición que él hace, le pediría señor presidente que le permitiera terminar con el tiempo que él considere suficiente.

Recobra el uso de la palabra al doctor Jorge Octavio Ramírez Ramírez, Presidente del Consejo de Estado:

Trataré de ser muy breve, el artículo 17 del proyecto del arquitecto fija unas pautas o referentes para la indemnización de perjuicios que atienden a criterios más de tipo fiscal que a criterios de reparación integral, y nosotros consideramos que en esa medida este artículo puede violar no solamente las normas internas que parten del principio de la recta de reparación integral de

las víctimas sino que también puede violar toda la normativa internacional en materia de derechos humanos y Derecho Internacional Humanitario.

Recuerden ustedes que uno de los puntos pactados en el acuerdo de La Habana es precisamente el acoger esos acuerdos o normas de carácter internacional, estamos hablando de los principios del derecho internacional, de los derechos humanos, el Derecho Internacional Humanitario, del estatuto de Roma, de los fallos proferridos por la corte interamericana de derechos humanos etcétera,

Donde el principio básico en principio, el precedente incluso podemos decir que la reparación integral de las víctimas, entonces cualquier norma que limite la reparación integral de las víctimas a nuestro modo de ver no solamente pueden ser inconstitucionales sino que podrían ser aplicadas en virtud de que violan normas convencionales y apelando o acudiendo al instrumento de control de convencionalidad que saben ustedes ha sido reconocido no solamente por nuestra Constitución sino por la Corte Constitucional y por el Consejo de Estado en diversas sentencias.

Por eso cualquier decisión de los poderes públicos, constituyentes, legislativo, administrativo, o judicial que cause el acuerdo final por senderos que contradigan o contravengan esos específicos mandatos constitucionales pueden llevar a esas consecuencias, carecerían de fuerza vinculante, podrían ser objeto de excepción de constitucionalidad o de inaplicación, naturalmente con los estándares y parámetros definidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Voy a terminar señor Presidente con esa reflexión, a través de la historia y en especial nuestra historia republicana en el juez contencioso administrativo ha sido y es el llamado a defender con mayor amplitud la garantía de igualdad de la ley ante todas las personas, durante la existencia el conflicto no interno en Colombia la jurisdicción contencioso administrativa ha actuado con imparcialidad, autonomía y publicidad defendiendo la protección activa de los derechos humanos, la aplicación de las reglas del Derecho Internacional Humanitario y de los derechos humanos en el orden interno contribuyendo al esclarecimiento de la verdad del conflicto, reparando de manera integral los daños causados por los agentes estatales y contribuyendo a la consolidación de un orden justo y a la convivencia pacífica de los ciudadanos.

Esa es nuestra aspiración, ese es nuestro deber, ese es nuestro propósito y con ese ánimo concurrimos a esta audiencia pública y aquellas otras que en lo que tenga que ver con la implementación del acuerdo tengan a bien ustedes señores Congresistas invitarnos siempre bajo la idea de que el papel del juez imparcial, el juez independiente, el juez permanente es el que debe velar y regir la implementación de los Acuerdos de Paz.

Muchas gracias señor Presidente.

La Presidencia concede el uso de la palabra al honorable Senador Eduardo Enríquez Maya:

Muchas gracias señor Presidente, un saludo muy respetuoso al señor Procurador, al señor Fiscal, a los señores Presidentes de las Cortes, los señores Senadores, a los asistentes, muy rápido señor Presidente, usted doctor Mota se ha caracterizado por ser un buen Presidente de la Comisión Primera Constitucional, en se-

gundo lugar por la importancia del tema supremamente importante este tema.

Sugerirle más todavía cuando son 35 - 36 los intervinientes y han intervenido 10, faltando 25 intervenciones sugerirle que si no es posible continuamos mañana, es que es muy importante escuchar a estas personalidades quedan muchas luces, de ahí que concédalas el tiempo necesario señor presidente, lo digo con todo respeto porque estos documentos van a ser de muchísima utilidad para este propósito esa es mi corta intervención y mi sugerencia señor presidente, muchas gracias.

La Presidencia ofrece el uso de la palabra al doctor Néstor Humberto Martínez Neira, Fiscal General de la Nación:

Muchas gracias señor Presidente, un saludo muy especial Presidente del Consejo de Estado, a la señora Presidenta del Consejo Superior de la Judicatura, al señor Procurador General de la Nación, al Alto Comisionado Para la Paz, a las honorables Senadoras y honorables Senadores y los distinguidos invitados que hoy participan en esta audiencia pública.

Empiezo por reiterar una premisa de nuestra intervención en esta audiencia, la Fiscalía considera que el tránsito hacia la reconciliación, hacia la paz, implica necesariamente hacer un cierre jurídico del conflicto, y eso comporta a apelar a mecanismos de justicia transicional que nos permitan en medio de seguridad jurídica, en medio de un modelo que el Estado colombiano tiene derecho a desarrollar dar ese paso hacia la reconciliación desde la perspectiva de lo legal, de lo jurídico, pero asegurando al mismo tiempo que esa paz sea estable y duradera.

Lo que quiere decir que en un Estado y en una nación santanderista, no hagamos tránsito a un ciclo de conflictos jurídicos que extienda la controversia que nos generó tantas dificultades en los últimos 55 años desde el punto de vista de la confrontación armada.

En otras palabras el trabajo que muy respetuosamente le invito a hacer a la Comisión primera del Senado es que hagamos tránsito hacia un cierre del conflicto jurídico a través de unas normas claras, que le den certeza a la sociedad en su conjunto y no solamente a unos de los actores que intervinieron en el conflicto porque de lo que se trata justamente es de postular un sistema de justicia especial para todos los colombianos en el contexto de nuestra institucionalidad democrática, de la Constitución del 91, y de lo máspreciado de nuestras instituciones jurídicas.

En ese sentido, quiero invitar muy respetuosamente al señor apoderado de las Farc a que en este ciclo en que estamos aprendiendo a hacer un nuevo ejercicio dialéctico de democracia mucho más profunda, no apeguemos a la intolerancia como recurso discursivo para imponer las ideas, sino apeguémonos al uso de la razón.

Y esto resulta ser necesario porque el abogado español en el día de hoy se ha ido lanza en ristre contra toda la justicia colombiana, contra los jueces de Colombia y contra la Fiscalía General de la Nación por el simple pecado de que los servidores del poder judicial se han empeñado en cumplir la Ley 1820 de 2016.

Yo no conozco cómo funcionan las instituciones de contramarca, pero lo que sí conozco es que en Colombia los servidores de la justicia nos empeñamos en

cumplir a pie juntillas con lo que dicta nuestra Constitución y la ley, y se ha dicho que se ha impedido el desarrollo de la ley de amnistía por parte de los jueces y a los fiscales apelando a razones absolutamente falaces.

En primer lugar es imposible a estas alturas darle desarrollo a la ley contra la voluntad de la jurisdicción ordinaria, porque no se nos han dado los instrumentos para hacerlo, sabe el señor alto comisionado para la paz porque así lo hemos conversado varias veces que se necesita un decreto reglamentario que permita la cumplida ejecución de la ley y a estas alturas el señor alto comisionado para la paz podrá dar crédito de ello el decreto no se ha podido expedir por un desencuentro que hay en estas materias porque no solamente en materia de acto legislativo y de leyes sino en los decretos reglamentarios hay una atadura que impone contar con el consentimiento de las Farc.

Y está bien para que haya seguridad jurídica de todas las partes, pero no se ha podido lograr y no se ha podido expedir el decreto siendo hoy martes las 12 del día aun 40 días después no existe el decreto reglamentario, pero es que además la ley impone que se expida que los amnistiados firmen un compromiso de no repetición, conforme a un acta que debe definirse en el proceso de dejación de armas en el cual intervienen las propias Farc.

Y ni las Farc ni el gobierno le han producido a los operadores judiciales, los jueces y la fiscalía ese compromiso de no repetición, entonces ese que es un requisito *sine qua non* del artículo 18 de la Ley 1820 no lo tienen y los jueces de los fiscales, pero adicionalmente tampoco contamos con un listado oficial del Gobierno, señor Alto Comisionado Para La Paz, de los miembros de la antigua guerrilla que se están reinsertando, una vez ha sido el revisado el listado entregado por las Farc que requiere pasar por un tamiz de verificaciones por parte del Estado colombiano.

No podría ser menos, porque a veces nos refunden en estos listados, señor alto Comisionado, personas de un pasado muy oscuro que han sido comprometidos es con el delito ordinario particularmente con el narcotráfico, como pasó en justicia y paz, y como ya empezó a pasar en este proceso cuando como lo conoce el país se nos estaba intentando colar el señor Segundo Alberto Villota por virtud de lo cual hay cuatro capturados recluidos intramuralmente, tres de ellos aceptaron cargos y ya expresaron ante la justicia que recibieron dinero para colarse en los listados de las Farc y que ni el Gobierno ni la sociedad, ni la fiscalía, lo quisimos permitir.

Entonces cómo le van a pedir a los jueces y a los fiscales de la República que si no existe el listado, Senador Barreras, se concedan las amnistías correspondientes, que quede claro, aquí hay una institucionalidad que hay que cumplir, y unas leyes que juramos cumplir y que las vamos a cumplir no solamente por mandato constitucional sino porque tenemos convicciones democráticas que se deben cumplir.

Que cuando unas personas se reinsertan tienen derecho a la amnistía, pero en los términos de la ley, en los términos de la ley, en su momento no participamos en la discusión de la Ley de Amnistía, se sometió aquí a un fast track, poco se discutió esto a las volandas en privado la fiscalía le manifestó a los señores funcionarios del gobierno que iban a cometer errores graves como por ejemplo hacer intervenir a los jueces en estos procesos, se confunden mecanismos de subrogados penales

con mecanismos de amnistía, quedaron en la misma ley esto pasó a las volandas por el Congreso de la República y por eso estamos metidos en dificultades jurídicas.

Es esa la razón por la cual de la manera más respetuosa y le pedimos a esta célula congresional que se aproxime al acto legislativo de la jurisdicción especial para la Paz con mucho rigor jurídico, ese rigor jurídico va es en beneficio del proceso, no en contra del proceso, y que no se gradúe, que no se nos gradúe como enemigos de la paz, a quienes estamos velando estrictamente por la seguridad jurídica del proceso de paz en Colombia.

Como me permito hacerlo en unas muy limitadas observaciones que quiero hacer, ¿qué es lo que ha dicho la fiscalía con relación a este proyecto? En lo más grueso, en lo esencial, en lo que tiene que ver con el corazón del proyecto, en primer lugar hemos dicho que el propio acuerdo dice que la jurisdicción especial para La Paz se aplicará solamente para aquellos que suscriban con el Gobierno un acuerdo final de paz.

Es el numeral 32 del acuerdo final, entonces le hemos dicho al gobierno y al Congreso desde el debate parlamentario de la cámara de la jurisdicción especial de paz en primer término no puede aplicarse a los disidentes, porque se violaría, hemos salido es a la defensa del acuerdo en la fiscalía, se violaría el artículo 32 del acuerdo de paz en materia de justicia transicional

respecto de los competentes de grupos armados al margen de la ley y el componente de justicia el sistema solo se aplicará a quienes suscriban un acuerdo final de paz con el gobierno, los disidentes no suscribieron el acuerdo, no se les puede aplicar el sistema de justicia transicional, pero es que es apenas elemental, lo dicta el sentido común, los ilustrados delegatario que acudieron a la redacción de este acuerdo lo hicieron correctamente entonces hay que aplicarlo.

¿Y qué pasaba con el acuerdo? El acto legislativo decía que la jurisdicción especial de paz conocería con carácter excluyente de todas las conductas relacionadas con el conflicto o que se hubieran desarrollado con ocasión del conflicto directa o indirectamente, de todas, y resulta que los disidentes incurrieron en delitos relacionados con el conflicto y con ocasión del conflicto, y si esa jurisdicción es excluyente la jurisdicción ordinaria no podía conocer de esos delitos.

El señor Alto Comisionado Para la Paz, me satisface mucho dijo públicamente en un comunicado que en efecto los disidentes no podían ser parte de la agenda, tiene razón y eso es lo que dice el numeral 32, pero grave error el que se cometería de lesa humanidad es decir dejar la norma como estaba vigente porque si la competencia del agente era exclusiva para los actos del conflicto entonces era la impunidad constitucionalizada de los disidentes señor alto Comisionado.

Porque ni él y esos conceptos podía conocer la JEP porque estaban por fuera de la JEP, ni la jurisdicción ordinaria porque de ellos solo podía conocer la JEP ese fue el pequeño error que nos atrevimos a mencionar en la Comisión Primera y que fue el prolegómeno del bautizo de los enemigos de la paz.

Segundo, los reincidentes, Colombia tiene una vieja tradición en materia de procesos de reconciliación, la historia de Colombia tiene que ver lamentablemente con un conflicto permanente con las guerras civiles que hemos generado felizmente consensos políticos para

construir una sociedad democrática que nos permita avanzar en paz hacia el desarrollo.

Y en esos procesos siempre hemos establecido unas reglas que hasta hoy se habían respetado, y es que los beneficios que se otorgan a los rebeldes, a las personas que se reinsertan son condicionadas, bueno, lo dice el acuerdo, una de las premisas es el principio de no repetición, que hay que honrar y que el propio alto comisionado para los derechos de Naciones Unidas dice que no tienen ningún desarrollo en los acuerdos, el principio de no repetición, o bueno tal vez una noticia que por ahí hay que hacer para la amnistía que todavía no se ha redactado.

Entonces, ¿qué hemos dicho respecto de los reincidentes? Lo único que le hemos pedido al Congreso respecto de los reincidentes es que quien reincida estará sometido a la jurisdicción ordinaria, si quien secuestró hace 30 años vuelve a secuestrar Dios no lo quiera el año entrante o dentro de cinco años pues de su conducta debe conocer la justicia ordinaria.

Pero en ese caso le hemos pedido al Congreso se procure que ese principio de no repetición le lleve a la pérdida de los beneficios, a los beneficios de la jurisdicción especial de paz, es que no es un asunto de sola competencia y jurisdicción, es que en esa jurisdicción hay varios beneficios para los reincidentes, de un lado el beneficio de unas penas excepcionales, el beneficio de un tratamiento penitenciario excepcional, el beneficio del tratamiento frente a la cooperación judicial internacional excepcional.

Pero si reincidió, si violentó principio de no repetición, ¿se van a preservar los beneficios? se dice que es que estoy anclado en el modelo de justicia y paz, no, todos los instrumentos jurídicos que hemos creado en el Estado de derecho castigan la reincidencia, por ejemplo en este mismo Congreso Senador Serpa con su puño y letra la Ley 418 usted recordará que ha sido la puerta de entrada a estos procesos de paz.

Tan útil que nos ha sido, establecía que el indulto y la amnistía estarían sometidos a condición, o sea se pierde el beneficio y se repite, esta Ley la 1820 se puede repetir y no pasa nada, es decir se conserva el beneficio jurídico, me parece que es un error de política criminal y de política pública y hay que decirlo, pero *alea iacta est*, así quedó esto.

Pues cuando se va a hacer la jurisdicción especial de paz no puede ocurrir lo mismo, o sea el mensaje para los reincidentes es que abra Patente de Corso que después de ese *overhaul* que les hace la sociedad colombiana para reinsertarlos en la vida democrática, reincidan y no pasa nada, no, no puede ser, en justicia y paz evidentemente al reincidente se le expulsaba de justicia y paz.

Entonces, ¿que hemos dialogado con el gobierno? Mire, está bien que en caso de reincidencia se aplique la justicia ordinaria pero que se establezcan las penas altas, propias por lo menos de la jurisdicción especial de paz y en todo caso que el tratamiento penitenciario para el reincidente sea el tratamiento ordinario, la sociedad colombiana no aspiraría a nada distinto, porque no podía decirse que como la JEP tiene tratamiento penitenciario especial y no se pueden perder sus beneficios entonces se cumplirán las penas del sistema ordinario en ese tratamiento preferencial que establece la jurisdicción especial de paz.

Y creo que en esa materia ha habido encuentros, y estamos totalmente de acuerdo felizmente con el Gobierno, ¿en contra de la paz? Nos van a estigmatizar a todos aquellos que pensamos que hacer el tránsito hacia la reconciliación tener que ser en el marco de un orden jurídico donde a todos se les imponga el poder disuasivo del derecho penal, a unos y a otros, a todos.

Tercero, los delitos estrechamente vinculados al proceso de dejación de armas siguen en la JEP, fue la Fiscalía la que en una carta que le envié al doctor De la Calle le dije, mire, si solamente habrá competencia de la JEP hasta cuando entre en vigencia el acuerdo, cuando vayan los grupos hacia las zonas veredales, camuflados, con armas para entregarlas, para desmovilizarse que es lo que finalmente la sociedad colombiana está observando en estos días, si en ese caso, si en ese tránsito se llegan a encontrar con funcionarios de la jurisdicción ordinaria se producirían capturas, por favor arreglen esa situación, y felizmente en el segundo acuerdo de paz lo arreglaron, la iniciativa de la Fiscalía General de la Nación para no torpedear el proceso de paz.

Y entonces se dijo en el nuevo acuerdo que los delitos estrechamente vinculados al proceso de dejación de armas siguen siendo competencia de la JEP estamos totalmente de acuerdo, nos da claridad, nos evita contenciones entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción especial, así debe ser, pero le hemos dicho al Gobierno y por su muy digno conducto a las Farc, necesitamos saber ¿cuáles son los delitos estrechamente vinculados?

La Fiscalía considera que el porte de armas, el uso privativo de uniformes de las fuerzas militares, de prendas de las fuerzas militares de los instrumentos de comunicación, es apenas natural, pero no puede ser ningún otro tipo de delito, inclusive en estos diálogos se alcanzó a discutir si la extorsión sería un delito estrechamente vinculado al proceso de dejación de armas.

Y para perplejidad propia no faltó quien dijera pues si finalmente el gobierno no les va a dar comida en este proceso de desmovilización pues ¿de qué van a vivir? Eso es absolutamente inaceptable, entonces ¿cuál es la respuesta que se nos ha dado? La respuesta que se nos ha dado es que eso lo designa un juez, las reglas de competencia son objetivas, es decir ex ante, esa es una regla del debido proceso, es una regla que nace de un principio cautelar de la sociedad de occidente, el ciudadano tiene que saber antes de cometer un ilícito cuál es la ley a la que está sometida y cuál es por supuesto el juez natural que va a conocer de su conducta.

No estamos pidiendo nada sino que se aplique el principio del debido proceso, entonces imagínense que hoy no sabríamos cuáles son delitos estrechamente vinculados al conflicto y la respuesta que nos dan es que eso lo resuelva un juez ¿cuándo? Después de cometido el delito, a nosotros no nos parece, y este es un tema de profundo respeto a los principios vertebrales del derecho al debido proceso, el derecho constitucional a un debido proceso.

¿Qué es lo que hemos pedido? Que se defina ex ante por una ley, cuáles son esos delitos estrechamente vinculados al proceso de dejación de armas, la ley estatutaria, lo debían hacer ustedes en el texto de la Constitución, ya se ha perdido el pudor, el rigor del constituyente en la redacción de normas, ya estamos haciendo verdaderas leyes en el marco de la Constitución, porque no

lo hacemos de una vez, llamo seguridad ¿a quién?, a los que se están desmovilizando.

La Fiscalía se encontró a cinco funcionarios, a cinco personas desmovilizadas de las Farc en el Guaviare, iban en motocicletas robadas, con 10 millones de pesos cada uno en efectivo, armados, ¿qué tiene que hacer un fiscal en Colombia frente a esa situación?, Están en una conducta estrechamente vinculada a la dejación de las armas, no, no lo creemos, y fueron capturados y fueron llevados ante la jurisdicción ordinaria, ¿tenía que hacer algo distinto el fiscal? Ni más faltaba, démosle seguridad jurídica a los desmovilizados y por favor definamos claramente el territorio y competencia la jurisdicción ordinaria, no es mucho pedir.

Por otro lado, y tal vez es este el elemento que está pendiente de que lleguemos a un entendimiento con el gobierno, yo esperaría a que esto quede y debo hacerlo público porque el gobierno ha entendido las observaciones de la fiscalía, ha tramitado en buena hora las observaciones de la fiscalía ante las Farc, la última observación gruesa tiene que ver con los delitos de ejecución permanente.

Hoy dice el abogado contratado por las Farc, dice que es que se nos ocurrió esto tarde, que esa es una propuesta extemporánea, no, no, lo que pasa es que y hay que decir con claridad el señor abogado de las Farc le falló a sus clientes, porque si yo hubiera sido su abogado al momento de los acuerdos hubiese tenido mucho cuidado con el tema de los delitos de ejecución permanente, mucho más cuando la jurisdicción hoy transnacional frente a los delitos de lesa humanidad ha tenido desarrollos como el de Pinochet que 30 o 40 años después por un delito de ejecución permanente generó un pronunciamiento no de la jurisdicción chilena sino de la jurisdicción internacional.

Pero en esos acuerdos se les olvidó que hay unas conductas punibles que se proyectan en el tiempo, que son muchas, por ejemplo el lavado de activos, por ejemplo la desaparición forzada, por ejemplo el secuestro, por ejemplo el enriquecimiento ilícito, por ejemplo el test hace rato, por ejemplo, podría darles muchos ejemplos de delitos de ejecución permanente, y resulta que el acuerdo que lo hicieron mal qué pena que lo hicieran mal honorables comisionados dice en el numeral noveno que es regla de oro, vamos a cumplir los acuerdos, cumplámoslos.

Se aplicará la JEP “se aplicará únicamente a conductas cometidas con anterioridad a su entrada en vigor” claro, no podría ser de otra manera, porque es que una vez entra en vigor el acuerdo final todos los colombianos nos hemos tomado de las manos en un proceso de reconciliación y todos somos iguales frente a la ley.

Y me parece que era un mandato categórico la JEP conoce solo de los delitos con anterioridad a la vigencia del acuerdo final, ¿cuando entre en vigencia el acuerdo final? El 1° de diciembre lo define ya el acto legislativo, estamos de acuerdo, allí empezó la vigencia, pero definido eso cuando la Fiscalía advierte señores, cuidado con los delitos de ejecución permanente, porque el desmontar esos delitos en el tiempo en esta ex épocas de transición pues sería un fenómeno complejo, lo advierte en la más buena fe la Fiscalía General de la Nación.

Entonces se dice que esta es una propuesta extemporánea, no, la propuesta extemporánea es la que hacen

de que la JEP corra todos sus fronteras, corre la cerca, y siga invadiendo la competencia de la jurisdicción ordinaria, en estricto rigor si un delito que inició su ejecución antes del 1° de diciembre del año pasado se proyecta en el tiempo y continúa ejecutándose de acuerdo con el artículo noveno del acuerdo final, lo único que pide la fiscalía es que se cumpla el acuerdo.

Será que eso es motivo de una descalificación, pedir que se cumpla el acuerdo, pues se está llevando a la JEP a conductas que se cometen con posterioridad a su entrada en vigor, entonces a que nos quieren hacer creer es que donde dice cometidas con anterioridad debe leerse cometidas con posterioridad, y no, eso no es lo que dice el acuerdo, qué pena pero les quedó mal hecho.

Y uno cuando hace mal una minuta en un contrato tiene que ir a ponerle la cara al cliente y decirle me quedó mal hecho, y entre todos porque todos queremos la paz tenemos que sentarnos a ver cómo resolvemos semejante problema que nos generaron en la redacción, así de simple, así de llano, de tal suerte que señor presidente y honorables senadores con humildad democrática, con las profundas convicciones de que es en esta célula congresional y no por fuera donde se definen estos asuntos que van a trazar el futuro de la República, les pido es que se empleen a asegurar que los acuerdos se cumplan, no que se incumplan.

Por eso mismo una anotación final señor Presidente, a última hora se nos menciona que se pretende introducir al proyecto en el artículo primero una adición al sistema integral de verdad justicia y reparación y no repetición, ese artículo primero dice lo siguiente, “el sistema integral estará compuesto por los siguientes mecanismos y medidas, la Comisión para el esclarecimiento de la verdad, la convivencia y la no repetición, la unidad para la búsqueda de personas dadas por desaparecidas en el contexto y en razón del conflicto armado, la jurisdicción especial para la Paz, las medidas de reparación integral para la construcción de la paz y las garantías de no repetición”.

Este artículo quinto ¿A que corresponde? Corresponde exactamente y es tomado del numeral 5.1 del acuerdo final de paz, es copia integral, el modelo, el sistema integral tiene cinco mecanismos y medidas, y ahora se nos dice que si ocurrió un adicional, que es la emasculación de la Fiscalía General de la Nación, a través de una unidad autónoma con fiscales propios, con investigadores propios, que se dediquen como lo está haciendo hoy la fiscalía cuya tasa de imputación es la más alta en la historia, 32% contra personas que están afectando la integridad del estrecho de los líderes de derechos sociales y derechos humanos.

Lo estamos haciendo, pero además que tendrá por competencia conocer todas las compulsas de copias que se han hecho a lo largo de este proceso de confrontación, honorables senadores estamos hablando de 15.700 compulsas de copias que se hicieron a lo largo del proyecto, si eso se le entrega a una unidad quedará sepultada la unidad, y no habrá forma institucional de reaccionar judicialmente en la defensa de la integridad y de la vida de los defensores de derechos humanos.

Pero adicionalmente aquí se transcribió una competencia, para que todos los funcionarios públicos que resulten comprometidos con estas, llámese gobernadores, alcaldes, congresistas, fiscales, jueces, vayan a esa unidad autónoma de la Fiscalía General de la Nación y

por supuesto a los financiadores de todos esos reductos de las organizaciones paramilitares que tenemos que proscribir pero como sociedad en conjunto.

No puede ser que emascule la Fiscalía General de la Nación, ya se hizo para justicia transicional, es otra fiscalía como ahora otra fiscalía para el futuro, bueno y una fiscalía que quedaría reducida al delito ordinario y a la lucha contra la corrupción en la que estamos visceralmente comprometidos, gracias Presidente.

La Presidencia ofrece el uso de la palabra al doctor Yesid Reyes Alvarado, Asesor del Gobierno para Asuntos de Justicia:

Muchas gracias señor presidente por la invitación y por permitirme exponer algunas pequeñas ideas sobre el proyecto que se está discutiendo aquí, quisiera comenzar por hacer una pequeña referencia al repaso que ha hecho el señor fiscal de lo que ha sido el trámite de este proyecto de ley, incluidas las observaciones que en su momento hizo el fiscal y que las mencionó aquí en relación con temas como los bienes, etcétera, pero si quisiera dejar en claro que muchas de sus dos observaciones se atendieron en su momento e incluso algunas de ellas se resolvieron de manera definitiva en la Cámara de Representantes como se puede ver en el proyecto aprobado en plenaria de Cámara.

Entonces no quiero que quede aquí la sensación de que temas como esos no fueron atendidos y discutidos con el señor Fiscal y su equipo en su momento, por ejemplo, aquí le dedique un tiempo el señor fiscal a decir que los disidentes, que cómo es posible que los disidentes vayan a caer en la jurisdicción, eso estaba claro desde que se presentó el proyecto y quedó aún más claro si se puede en el texto que se aprobó en la plenaria de la Cámara.

Aquí dice, y la verdad es que viene hecho desde el acuerdo, que quien quiera ingresar a la jurisdicción especial para la Paz tiene que contar la verdad, tiene que reparar a las víctimas, y tiene que comprometerse a no seguir delinquirando, si un disidente quiere entrar a la jurisdicción especial para la Paz tiene que contar la verdad, reparar las víctimas y comprometerse a no seguir delinquirando.

Pero es que si hace todo eso ya no es disidente, entonces es absolutamente claro que los disidentes no van a poder ingresar a la jurisdicción especial para la Paz, estaba claro en el acuerdo, estaba claro el proyecto que presentó el gobierno y así quedó declarado en el texto que aprobó la plenaria de la Cámara.

Los reincidentes, otro punto de válida preocupación para el señor fiscal con el que hemos estado discutiendo el tema, es verdad lo que él planteó al comienzo, que hay dos formas distintas teóricas de tratar a los reincidentes, una se usó en justicia y paz y otra en el acuerdo con las Farc, ¿cuál fue la solución que se propuso y se encontró en justicia y paz? Como solo había diseñado en justicia y paz una sanción para los que se acogieran la única posibilidad de sancionar al que incumpliera los acuerdos, los compromisos de justicia y paz era excluyéndolo de la jurisdicción.

No había otra alternativa y ese fue el mecanismo que se utilizó en justicia y paz eso explica que como dice el señor fiscal en justicia y paz el que no cumpla las condiciones sale del sistema, esa es solo una posibilidad teórica de tratar a los reincidentes, ¿que se acordó en La Habana?, Dos cosas sobre este punto, una que no

iba a haber una sanción única para las que se sometieran a la JEP privilegiando los derechos de las víctimas, privilegiando la posibilidad de que se conozca al máximo la puerta que lo que ocurrió durante el conflicto se diseñó un sistema progresivo de sanciones que privilegia a quien colabora con el sistema con una sanción muy reducida que son cinco a ocho años de restricción efectiva de la libertad y que se va endureciendo en la medida en que la persona incumpla.

Entonces el que más colabora con la jurisdicción especial para la Paz tiene una sanción de cinco a ocho años de restricción efectiva de la libertad, el que menos colabora tiene hasta 20 años de prisión que se cumplen en sitios ordinarios de reclusión según dice el acuerdo, entonces como hay ese abanico de sanciones, dependiendo de cómo se porte por decirlo de alguna manera sencilla el que va a la jurisdicción especial para La Paz, ¿cuál es la consecuencia para quien se porte mal? para seguir usando la expresión, pues pierde el derecho a las sanciones pequeñas que son las propias y las alternativas, y recibe en consecuencia la sanción más grave prevista dentro del sistema que es hasta 20 años de privación efectiva de la libertad en sitios ordinarios de reclusión.

A uno le puede gustar más el sistema anterior que el nuevo más el nuevo que el antiguo, lo que uno no puede decir es que el único sistema válido es el de justicia y paz, este es un sistema sí perfectamente válido que decidió mantener dentro de la jurisdicción especial para La Paz a quienes no cumplan con las condiciones del sistema pero no dejándolos sin sanción.

La sanción por lo que las condiciones del sistema llegan hasta la imposición de 20 años de prisión en condiciones privativas de la libertad, entonces en resumen ¿qué le pasa a quien comete un nuevo delito después de terminado o cerrado el acuerdo de paz? Y lo dice el texto aprobado en plenaria de cámara, este tema no está abierto este tema está cerrado en plenaria de cámara, por supuesto no puede decir que no se pueda debatir y modificar en el Senado, faltaría más, pero qué dice el texto, el que comete un delito después de terminado o firmado el acuerdo de paz va a la justicia ordinaria responder por ese nuevo delito.

Entonces, el señor que secuestró pues se va a la justicia ordinaria y le pueden imponer hasta 60 años de prisión por secuestrar, pero hubo, eso no es todo, si la jurisdicción especial para la paz llega a considerar que secuestrar supone desconocimiento de una condición del sistema como lo es, pues le aplica 20 años de prisión más dentro de la jurisdicción especial para la Paz como sanción por no haber cumplido las condiciones del sistema.

De tal forma que no veo cómo esa forma de tratar a los reincidentes estimulen la reincidencia o promueva la impunidad, en cuanto a los delitos de ejecución permanente, hay un tema especial y un tanto sensible para la fiscalía y de tiempo atrás como lo dijo el señor fiscal que es el que tiene que ver con los bienes, absolutamente cierto que ese era un tema que había quedado en el vacío en el acuerdo, aprovecho para decir doblemente vacío señor fiscal tiene razón, no solamente el tema de los bienes, todo el tema de los delitos permanentes pesqueros sin tratar.

¿Qué excusa se puede dar? Fiscal no lo trataron en La Habana, y hay que darle una solución porque quedó ese vacío, pero específicamente un punto de los bie-

nes que el fiscal llamó hacía ya bastantes meses y es un punto que como dice el señor fiscal en el segundo acuerdo quedaron dos obligaciones por parte de las Farc.

Una, que se iban a sentar con el gobierno o se van a sentar durante el gobierno durante todo el tiempo que dure el proceso de dejación de armas para hacer un inventario de todos sus bienes, y segundo en el acuerdo quedó claro que cualquier bien que no quede relacionado en el acuerdo va a estar sometido a la legislación ordinaria, eso quedó en el acuerdo.

¿Que pide el Fiscal ahora? Pues que eso que está en el acuerdo se precise dentro de este acto legislativo para que quede absolutamente claro sin lugar a discusión que cuando se cometan delitos sobre esos bienes que no han sido inventariados dentro del periodo acordado, esos delitos cometidos con posterioridad a la entrega de ese inventario serán de conocimiento de la jurisdicción ordinaria.

Eso que pide el Fiscal no es una crítica al señor Fiscal si no es aterrizar en el proyecto de acto legislativo algo que de manera ya general se acordó en La Habana con las Farc, hasta donde entiendo en ese punto concreto se centra la preocupación de la Fiscalía y no en otros ejemplos de delitos de ejecución permanente.

Quisiera hacer una última referencia que me llamó la atención del señor fiscal que dice que a última hora se enteró de que se pretende incluir en el artículo primero del acto legislativo a la unidad de lucha contra organizaciones sucesoras del paramilitarismo, yo simplemente crearía una precisión, esa propuesta la hizo el abogado Enrique Santiago en una reunión con la Vicefiscal delante del Ministro del Interior y la Vicefiscal estuvo de acuerdo.

Debo reconocer también señor fiscal que después la señora Vicefiscal dijo que era un error y que no estaban de acuerdo con la inclusión, yo lo que digo es simplemente es que nos queda la sensación de que una mano negra intento meter esa unidad en el artículo primero porque fue una reunión donde estuvo la señora Vicefiscal.

Entonces como dijo el fiscal cuando uno se equivoca en la minuta le pone la cara al cliente, no le echa la culpa a la contraparte, muchas gracias.

La Presidencia concede el uso de la palabra a la honorable Senadora Claudia López Hernández:

Gracias Presidente, solo un minuto para decir que yo apreciaría mucho que las instituciones aquí presentes a quienes agradezco su participación en esta audiencia nos dijeran por qué insisten en que un sistema de la justicia ordinaria lleva 100 años funcionando en Colombia sus niveles de impunidad en particular en lo penal están en el nivel del 98%, en todos los temas que igual en el conflicto armado, pese a lo cual insisten en proponer que se mantenga lo que ya existe, es decir la impunidad.

Francamente me parece un despropósito, si no han podido hacer por lo menos dejar hacer, la justicia ordinaria no ha podido dar justicia miembros del conflicto armado ni a los del no conflicto armado, y aquí vienen a decirnos que ni hacen ni dejan hacer, y segundo que quisiéramos tener tal nivel de interés de la fiscalía en todos los temas que están impunes en Colombia, pero mientras en unos temas como Odebrecht y la corrup-

ción se lavan las manos y dicen que no son competentes en este sí vienen a hacer exigencias de mantener funciones que no les corresponden. Muchas gracias.

La Presidencia concede el uso de la palabra al honorable Senador Germán Varón Cotrino:

Muchas gracias Presidente, yo, es obvio que dentro de la audiencia pues se hacen observaciones que no todas deben de ser pertinentes a lo que estamos discutiendo, yo preguntaría si en esos casos de delitos de ejecución permanente, si terminan sometidos a la jurisdicción especial para la Paz con penas que en ella están consignadas con un máximo de 20 años, si a esas penas se le aplican los beneficios, yo no soy penalista no sé si se llaman beneficios uso probados que establecen que con buena conducta, con estudio, con trabajo, se pueden reducir esas penas.

Eso nos llevaría y por eso lo pregunto, no conozco el tema doctor Yesid eso nos llevaría que una pena por ejemplo de secuestro que es de 60 años puede quedar en la JEP reducía a una pena de 20 que con buen comportamiento, con estudio y con las normas que habitualmente se aplican termina en una pena de 12 años, no tengo los cálculos precisos pero terminan siendo penas mucho más bajas.

Para mí esa sería la evidencia de que resulta conveniente y que resulta estimulante para quien reincidió para quien ejecuta un delito, una reducción de la pena de casi un 60%, 70%, no sé si esté en lo cierto o no y por eso le pregunto al doctor Yesid.

La Presidencia concede el uso de la palabra al honorable Senador Jaime Amín Hernández:

En la vida hay un tiempo para todo, hay un momento para todo, hay una oportunidad para expresar los temas y las cosas y esto no es un tema menor, esto es nada más y nada menos que la sustitución del andamiaje jurisdiccional colombiano como yo mismo se lo dije a la entonces o actual todavía Presidente de la Corte Suprema de Justicia y al doctor Danilo Rojas asesor Presidente del Consejo de Estado.

Les dije cuando discutíamos aquí señor Presidente y usted lo recuerda y los honorables Senadores que están en el recinto también, estamos discutiendo temas relacionados con el presupuesto de la Rama Judicial, y cuando terminó la intervención yo les dije, quizá por fuera del tema, acaso no se están dando cuenta que, señores Presidentes de la Corte Suprema y del Consejo de Estado, que ustedes van a pasar al congelador.

No se han dado cuenta que con lo que viene, estoy hablando de seis meses atrás de la justicia especial de paz, la justicia y el aparato jurisdiccional de Colombia van a pasar al congelador por cuenta de la creación de ello, y vino un pequeño debate que se está dando hoy y que va a continuar, es que todo tiene una oportunidad, yo he visto aquí por ejemplo partiendo de la delegada de la Defensora del Pueblo hacer unas observaciones muy juiciosas a esto.

El señor Procurador General de la Nación poniendo el grito en el cielo porque lo quieren mandar para el cuarto de San Alejo a una institución que funciona desde el año de 1830, al señor Fiscal General de la Nación diciendo nada más y nada menos que por cuenta de la unidad que se denomina autónoma de la jurisdicción especial de paz también van a entrar en contradicción las competencias funcionales que tiene la Fiscalía Ge-

neral de la Nación como máximo órgano de justicia criminal en Colombia.

Qué decir, qué lástima que lo haya dicho tarde, el señor Magistrado el Consejo de Estado, donde le solicita al Gobierno y sobre todo al Senado de la República que la Justicia Contencioso Administrativa preserve las competencias que la Constitución y la ley le tienen ¿dónde estaban estas voces señores altos Magistrados del Estado? ¿Dónde estaban estas voces cuando se estaba discutiendo que venía este orangután que echa por la borda, doctor Yesid Reyes, la tradición constitucional del país?

Históricamente muy rica si la comparamos con el resto del patio latinoamericano, nadie dijo nada señor presidente de esta Comisión, luego hay un tiempo para todo, yo agradezco mucho porque además a nombre del partido solicitamos que se diera la oportunidad en medio de esa prisa del Gobierno Santos porque todo suene a aplanadora en aras de la paz, que no de la justicia, de la paz, aquí no hay justicia esto es un remedo de justicia.

Y para que el señor Presidente haya fijado fecha y hora como estamos haciendo hoy quiero sumarme a las expresiones del Senador Varón Cotrino del Senador Enríquez Maya, esto no debe terminar hoy señor Presidente, por la salud pública de la justicia en Colombia o lo que quede de ella debemos tomarnos todo el tipo que sea necesario el día de hoy, aquí está el Presidente del Congreso, o de mañana o de los días que sea necesario para que quede algo de esta Constitución que en aras de la paz que no de la justicia están haciendo giros.

Muchas gracias señor Presidente.

La Presidencia concede el uso de la palabra al honorable Senador Roy Leonardo Barreras Montealegre:

Solamente Senador en esta Comisión señor Presidente han hablado los ponentes, muchas gracias por su generosidad, yo no soy Ponente de este proyecto, de este proyecto por virtud suya y de otras voluntades, pero solo quiero en 30 segundos recoger la frase del Senador Eduardo Enríquez, hizo un llamado digamos al ordenar el procedimiento y usted también lo ha dicho, esta es una audiencia pública, muchas voces calificadas enriquecedoras, tenemos para escuchar, yo rogaría a su señoría que continuemos en la escucha de estas tan importantes y calificadas voces porque habrá debate.

Celebro que el Senador Amín quiera adelantar el debate, yo también quiero anunciar que tengo observaciones y muy de fondo sobre las distintas intervenciones, quiero preguntarle en su momento y en el debate al señor Fiscal General de la nación algunas precisiones conceptuales sobre este asunto de los delitos continuados, en fin.

Pero para eso es el debate, escuchemos en la audiencia las voces que nos permitan enriquecer el que será el debate porque de lo contrario echamos a perder la audiencia anticipando nuestras intervenciones, muchas gracias señor Presidente.

La Presidencia interviene para un punto de orden:

De acuerdo Senador Roy con su observación así vamos a proceder, sin embargo, en esta Comisión se les permiten también a estas audiencias públicas a los Senadores y a los voceros del movimiento paz y re-

conciliación hacer las preguntas pertinentes como eso, como preguntas, el debate vendrá una vez se citen para la discusión y aprobación de este Acto Legislativo.

Ha hecho una observación la Senadora Claudia López dará respuesta el señor fiscal y otra el Senador Varón para el ex Ministro Yesid Reyes. Señor Fiscal para contestarle de manera muy concreta a la Senadora Claudia López.

La Presidencia ofrece el uso de la palabra al doctor Néstor Humberto Martínez Neira, Fiscal General de la Nación:

Gracias Presidente, quiero apelar a la integridad de la Senadora Claudia López para que en estos ejercicios de dialéctica parlamentaria invoquemos siempre la verdad, porque por ejemplo en el día de hoy en una publicación de la revista *Semana* dice obviamente para controvertir el abogado de las Farc dice, que nosotros hemos propuesto por ejemplo que los procesos frente a terceros sean preservados.

Semejante insensatez a quién se le ocurre, eso es absolutamente falaz ese señalamiento, aquí están los señores Ministros del Interior, está el señor ex Ministro el doctor Yesid Reyes, está el Alto Comisionado ¿cuándo ha dicho semejante insensatez la Fiscalía General de la Nación? Pero apelan a todos esos recursos para descalificar, eso no es leal en la dialéctica democrática, ese ejercicio tenemos que irlo aprendiendo todos.

Y por eso apelo a su integridad honorable Senadora porque se ha referido usted al caso de Odebrecht con una fantasía que está haciendo carrera, que el señor Fiscal General de la Nación y su entidad se lavó las manos, quiero leerle y le voy a mandar a su chat que usted me honra con una comunicación telefónica lo que dije textualmente el día de la conferencia.

“La violación a las normas de financiamiento no constituye un delito en Colombia, eso es de meridiana claridad, sin perjuicio de que en estas actividades se pueda haber cometido delitos colaterales, que no son propiamente electorales, por ejemplo puede haber lavado de activos, por ejemplo puede haber conductas de enriquecimiento ilícito, podría haber falsedades cometidas desde el punto de vista documental.

Esos temas que son hipótesis de la investigación que continúa son objeto del conocimiento y de la indagación por parte de la fiscal de conocimiento, tiene que quedar claro entonces que en estas circunstancias lo que correspondería a la fiscal de conocimiento es compulsar las copias y eso es lo que se ha hecho frente a la existencia de una prueba testimonial, prueba testimonial obrante en el Odebrecht que por supuesto continúa y en relación con el cual la fiscalía tiene más evidencias con relación a todas las hipótesis investigativas”.

Colombia, honorable Senadora fue el primer país en el mundo en tomar decisiones judiciales en capturar sindicados de los graves delitos que estamos investigando en este caso de corrupción, y continúa la investigación, de tal manera que no es cierto decir que la investigación de Odebrecht se acabó.

La Presidencia ofrece el uso de la palabra al doctor Yesid Reyes Alvarado, Asesor del Gobierno para Asuntos de Justicia:

Gracias Presidente, solo hacer una declaración, en los reincidentes, si la persona reincide y si comete un nuevo delito yo mencionaba el ejemplo del secuestro

va a ser juzgado por la jurisdicción ordinaria, sancionada por la jurisdicción ordinaria de acuerdo con los códigos ordinarios, eso significa que a esa persona Senador Varón se le van a aplicar 60 años de prisión.

Lo que dije es que además de los 60 años de prisión que le cabrían por el secuestro, además dentro de la jurisdicción especial para la Paz lo pueden sancionar por haber incumplido las condiciones que el sistema le impone, entonces no es que la pena del nuevo delito de secuestro se le disminuya o se le reduzca, es que a parte de la pena que se le impone por el nuevo delito que son 60 años puede tener hasta 20 años más de sanción por haber incumplido las condiciones del sistema.

Entonces no solo tiene una sanción por el nuevo delito, realmente tiene una doble sanción que se acumula.

La Presidencia concede el uso de la palabra al honorable Senador Alexander López Maya:

Presidente muchas gracias, un saludo a todos los asistentes, yo solo quería pedirle un favor Presidente para que en su orientación y en la coordinación de la discusión de cada uno de los proyectos que están trabajando las comisiones primeras manifestarle esta preocupación que tengo hoy.

El Presidente del Consejo de Estado desarrolló una tesis donde manifiesta que los acuerdos están por fuera de la realidad jurídica del país y argumentó una serie de vacíos constitucionales en este tema, el procurador se ha manifestado en el sentido de no estar partícipe del ministerio público en cada uno de las etapas procesales que se acordaron.

Y el fiscal, sostiene el día de hoy que por ejemplo la ley de amnistía hay una serie de vacíos que él advirtió y no fueron tenidos en cuenta, yo creo señor Presidente que a efectos de superar este tipo de posturas y posiciones, que pueden conllevar inclusive a entorpecer el desarrollo del acuerdo de paz y a generar una división profunda más adelante en el país y a una desinstitucionalización de cada una de las cortes.

En este caso de los actores del Estado colombiano yo sí le sugeriría que por favor en lo que resta de las demás normas que se van a traer al Congreso pues las Altas Cortes, el Fiscal, el procurador, y los demás actores que han estado participando con antelación le informen al Congreso sus preocupaciones, sus observaciones o sus comentarios con sus posturas.

Porque finalmente estamos quedando nosotros acá como violadores de la Constitución, del DIH y de todas las normas que han dirimido aquí el día de hoy cada una de los entes del Estado que se han pronunciado, sí es muy importante tener en cuenta esas apreciaciones a efectos de en los debates fortalecer cada uno de los aspectos, de los acuerdos que se construyeron en La Habana y en ese sentido poder salir mucho más unificados y lograr un mayor consenso.

Yo creo que es absolutamente pertinente Presidente que usted dirija esa preocupación y podamos entonces resolver esto de la mejor manera.

La Presidencia ofrece el uso de la palabra a la doctora Juanita Goebertus Estrada, Directora para Colombia del Instituto para las Transiciones Integrales:

Señor Presidente, honorables Senadores y Senadoras muchísimas gracias por la invitación a esta audien-

cia pública, como lo dijimos en la Cámara de Representantes estamos convencidos de que este tipo de espacios permiten balancear la agilidad que necesita este tipo de procesos de implementación de un acuerdo de paz con la legitimidad que va a garantizar su sostenibilidad jurídica y política.

Hemos radicado ante la Secretaría un comunicado que suscribimos enteramente del cual hacen parte una serie de organizaciones de sociedad civil incluidas de justicia, la MOE, la Comisión colombiana de juristas de la facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, Universidad Rosario, Universidad Nacional entre otros, haré referencia únicamente a algunos de los temas que están en ese comunicado por razones de tiempo.

Una primera introducción y es que no se nos puede olvidar que este es el primer acuerdo de paz en el mundo en donde dos partes en una mesa de negociaciones toman la decisión de crear un mecanismo de justicia para juzgar lo sucedido en el conflicto.

Usualmente lo que ha pasado en el mundo es que dos partes en una mesa de conversaciones acuerdan una amnistía y solo después las cortes nacionales, cortes ad hoc que entran a juzgar lo sucedido, por eso no estamos hablando de un mecanismo de justicia ordinaria, estamos hablando de un mecanismo pactado en una mesa de conversaciones que es distinto y eso no se nos puede olvidar.

En la opinión del Instituto sobre la base de esa premisa es lo que permite asegurar y lo que está plasmado en este Acto Legislativo que se balanceen de manera correcta, de un lado por supuesto la satisfacción de los derechos de las víctimas, el deber de investigar, juzgar y sancionar aquellos crímenes más graves y representativos pero del otro también las garantías de que haya una transición del conflicto armado a la paz con garantías de seguridad jurídica para todos quienes cometieron delitos en el conflicto armado.

Dicho eso me referiré únicamente a tres de los temas que tenemos en el comunicado en primer lugar el tema de selectividad, en segundo lugar el tema de condicionalidad y en tercer lugar el tema de garantías de seguridad jurídica para miembros de la fuerza pública.

Sobre el tema de selectividad, el acuerdo de manera en nuestra opinión adecuada en el numeral 48º establece específicamente que la competencia del tribunal debe centrarse en aquellas personas que tuvieron una participación determinante en los crímenes más graves y representativos.

Nosotros creemos que eso es adecuado porque eso es lo que permitirá evitar que suceda como ha venido sucediendo en los inicios de justicia y paz y el tribunal ad hoc alrededor del mundo y es que la justicia colapse por pretender investigar todo lo sucedido en el conflicto armado y a todos los responsables en vez de concentrarse en lo más grave.

Hasta la Ponencia para segundo debate este tema estaba en el acuerdo pero no estaba en el Acto Legislativo, no era quizás necesario pero no se había incluido, sin embargo nos preocupa mucho que en la Ponencia para Segundo Debate y el texto como fue aprobado en segundo debate esta lógica de concentración es lo más grave y representativo y quienes tienen participación determinante quedó únicamente establecido para terce-

ros civiles, no así para la guerrilla ni para agentes del Estado.

Esto genera además un riesgo de inseguridad jurídica porque parecería como si en los casos de la guerrilla y agentes del Estado si correspondiera que la jurisdicción investigase y todo en vez de concentrarse en los más graves y representativos y en quienes tienen una participación determinante en el comunicado que hemos presentado le estamos haciendo una propuesta al tipo de reacción que creemos puede resolver este problema.

Segundo tema muy rápidamente, el tema de condicionalidad, el acuerdo establece de manera general como principio de condicionalidad según el cual acceder y mantener cualquier tratamiento penal especial debe estar condicionado a la contribución a la satisfacción de los derechos de las víctimas, sin embargo ese principio general requiere de desarrollo en el texto del Acto Legislativo sobre cuáles son las consecuencias del incumplimiento de estas condiciones.

Porque no necesariamente el incumplimiento de las condiciones es el mismo en todos los casos, el texto aprobado en el segundo debate genera un paso en esa dirección, porque para resolver, en nuestra opinión, de manera adecuada los comentarios presentados por el Fiscal lo que hace el texto del Acto Legislativo es garantizar que aquellos delitos cometidos en el conflicto sean en efecto Juzgados por la jurisdicción y que sea la jurisdicción la que evalúe si hubo o no incumplimiento sobre las condiciones de verdad, de justicia y de reparación para efectos de decidir cuál es el tratamiento penal que le da.

Pero no establece qué tratamiento penal le da, no establece si una persona que es reincidente por ejemplo puede recibir la jurisdicción especial para la Paz la pena ordinaria de 60 años, porque lo que establece el acuerdo es que acceder y mantener el tratamiento penal especial está condicionado.

Por lo tanto incluso la pena de 15 a 20 se podría perder en algunos casos, entonces establecer una exposición que diga que la ley establecerá cuáles son las condiciones para evaluar el incumplimiento de condiciones y cuáles son las consecuencias, es necesario para hacer efectiva la condicionalidad.

Y último Presidente ya para terminar el doctor Uprimny ya hizo referencia a este tema pero para nosotros es de mayor importancia esa referencia también es la seguridad jurídica sobre agentes del Estado, más allá de la discusión jurídica sobre si el artículo 28 hace o no parte del bloque de constitucionalidad y en qué circunstancias el argumento de Colombia frente a la fiscalía y la Corte Penal Internacional es que Colombia está haciendo la tarea y que Colombia cumple y que por eso es que la Corte Penal Internacional no debe intervenir.

Pero si Colombia lo que le dice a la Corte Penal Internacional es vamos a cumplir en todo menos en aquellas disposiciones que permitirían buscar aquellos comandantes que tenían un conocimiento inferido que tenían control efectivo sobre las fuerzas más no sobre la conducta y que sobre esas personas no vamos a buscarlas entonces le estamos dejando abierta la puerta para que sea la fiscalía de la Corte Penal Internacional la que intervenga.

En ese sentido insistimos desde el instituto un respaldo absoluto a la importancia de este Acto Legisla-

tivo, la constitucionalización del sistema integral y la jurisdicción pero hacemos énfasis en la importancia de hacer algunas de estas modificaciones para garantizar la seguridad jurídica y política de este acuerdo.

Muchas gracias.

La Presidencia ofrece el uso de la palabra a la doctora Martha Luz Hurtado Arango:

Buenas tardes señor Presidente, miembro de la mesa principal, Senadores y Senadoras, me referiré en mi intervención a la protección del derecho de las víctimas en el proyecto.

El concepto de justicia transicional como su nombre lo indica que contempla normas de transición, que son derivadas precisamente del acuerdo de paz celebrado entre los actores del conflicto armado, ese conflicto que ha vivido Colombia por más de 50 años y normas que se tienen que adaptar a la transformación que está viviendo Colombia.

Por ello es procedente y en razón de ello el proyecto contiene decisiones no solo jurídicas sino también políticas que son las que le van a permitir al Estado y a los ciudadanos hacer el tránsito del conflicto armado al verdadero estado de derecho y de democracia política.

Los preceptos del Proyecto del Acto Legislativo son normas de transición, y tenemos que entender es eso, que permiten que transitoriamente se suplan los mecanismos ordinarios que en la situación de conflicto y búsqueda de la paz estable y duradera pueden obstaculizar como mecanismos ordinarios la salvaguarda de la propia Constitución.

Pero esas normas de transición si empezamos a hacer un análisis vemos que contienen los principios, declaraciones y convenciones internacionales además de los principios constitucionales los cuales están orientados directamente al fortalecimiento del Estado de derecho, el reconocimiento del derecho de las víctimas, no podemos decir que ese derecho no está protegido con el acuerdo.

Igualmente a la reconciliación y cuando hay violaciones masivas de derechos humanos o Derecho Internacional Humanitario, como parte de esa estrategia de la justicia transicional precisamente se incluyen unos mecanismos propios para poder satisfacer las garantías entre las cuales encontramos la reparación a las víctimas del conflicto armado y por el hecho de que sus actores directos no sean llamados a responder económicamente no podemos decir que no haya protección a las víctimas.

El proyecto las protege, lo que hay que revisar es el desarrollo de las normas contenidas en el mismo a través del procedimiento respectivo para hacer esas reclamaciones, entonces no vamos decir que todo ese desarrollo esté dentro de la reforma constitucional, el Estado se compromete a hacer unas reparaciones económicas, los actores del conflicto en el proyecto también se están obligando a hacer reparaciones.

Si bien es cierto no son reparaciones de índole económico, Sí se están comprometiendo a proporcionar lo que es la verdad de lo ocurrido, y a reparaciones no económicas, garantizando con el estado al unísono la no repetición de los hechos que han acaecido.

Podemos ver que en relación con los agentes del Estado como actores del conflicto y la reparación supera

el marco de la indemnización económica, ella se refiere a medidas simbólicas o complementarias que permiten la transformación de las víctimas y su situación, entendiéndose que las víctimas muchas veces no están pendientes de esa reparación económica sino del reconocimiento de su dignidad, el derecho a saber la verdad.

¿Por qué? Porque son ciudadanos que tienen derechos, esto nos lleva a concluir que la reparación por parte de las víctimas cobra importancia y la mayor en el momento en que se admite la responsabilidad por el hecho cometido, ellos a su vez deben expresar en forma concreta, material y simbólica el compromiso de lograr o de ayudar a que las víctimas superen las secuelas, y se tienen que responsabilizar de no cometer nuevos actos violatorios a los derechos humanos.

Así queda consagrado en el proyecto, entonces nosotros no como seguir insistiendo, no, no podemos decir que las víctimas no están protegidas en el proyecto, sí están protegidas, lo que hay que revisar es en el proyecto, en el código procesal o en los códigos procesales que se dicten cómo va a quedar garantizado ese acceso, esa reclamación que se haga, pero considero que no es objeto de la norma constitucional.

Ahora bien, en cuanto a la repetición de la que nos hablaba el señor Presidente del Consejo de Estado, no se vulnera la no inclusión del artículo 90, ¿Por qué? Porque es que precisamente estamos en una norma de transición, una norma que busca terminar con un conflicto que muchas veces esas normas de transición traen sacrificios, ¿sacrificios en qué?, en disminuciones de penas, en disminuciones no de reparaciones porque las reparaciones tiene que haberlas, ¿Por qué? Para no volver a revictimizar a quienes ya han sufrido con el delito.

Es todo, mil gracias.

La Presidencia ofrece el uso de la palabra al doctor Jean Carlo Mejía Azuero, Perito de la Corte Interamericana de Derechos Humanos:

Muy buenas tardes para todos y para todos, es un placer estar con ustedes agradeciendo su oportunidad vamos brevemente a exponer tres premisas, siete puntos alrededor del capítulo séptimo y finalmente cinco recomendaciones generales respecto al articulado de este Proyecto de Acto Legislativo.

Lo primero que quisiéramos indicar es que el Proyecto de Acto Legislativo habla del sistema integral de verdad, justicia, reparación y garantías de no repetición, desde esa perspectiva los enfoques que se han dado en toda la mañana como todos igualmente valiosos han estado casi que circunscritos a la jurisdicción especial para la Paz.

Esta misma audiencia pública es en sí misma una garantía de no repetición frente a posibles hechos de violencia, desde esa perspectiva entronizamos tres premisas de forma respetuosa advirtiendo lo siguiente, es en Colombia en donde en la práctica no solo en lo formal debemos satisfacer los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia, la reparación y la no repetición, si esto no sucede no solo estamos abocados como se cree equivocadamente a la activación de la Corte Penal Internacional sino también a la aplicación del derecho internacional penal específicamente en el ámbito de la extradición por jurisdicción universal en los temas tan importantes como el de los delitos continuados aquí esbozados.

Esa primera premisa indica que nosotros debemos aplicar el *laude dere ad iudicare* o *laude dere ad uniere*, o sino definitivamente vendrá la intervención del derecho internacional, una segunda premisa que también es aplicable en esta discusión, la principal misión de estándares se entroniza en un crisol llamado el cumplimiento de los deberes del Estado en realizar una investigación seria frente a las conductas y hechos más graves en juzgar a los máximos responsables, y coadyuvo en la posición de Juanita Goebertus frente al criterio de selección y especialidad.

Y uno tercero que es fundamental, sancionar en el caso en que haya que hacerlo, esta premisa es esencial porque se enlaza desde la perspectiva de un sistema que se pretende integrar, garantizando los derechos de las víctimas y en la práctica y su centralidad y la seguridad jurídica y el tiempo y espacio, y la tercera premisa tal vez la más importante desde la perspectiva de la discusión de este día que se extingue.

El principio de complementariedad, incluso desde su perspectiva positiva ante la CPI así como el de subsidiaridad propio de los mecanismos e instrumentos de derechos humanos, específicamente del derecho internacional de los derechos humanos tiene unos límites que además están en el acuerdo final del 24 de noviembre del año próximo anterior y esos límites están mirados desde el punto de vista de la institucionalidad que tenga el Estado colombiano.

Entre más institucionalidad haya más autodeterminación de las naciones y desde esta perspectiva más flexibilidad en lo que se está haciendo en este escenario de construcción democrática, flexibilidad, esto es un sistema de justicia transicional en el coadyuvó totalmente la posición de la Senadora Claudia López respecto a cuál es la naturaleza de una justicia transicional frente a otros temas.

La segunda parte de lo que quisiera plantear en esta tarde ya, es que resulta pertinente mostrar desde el punto de vista el capítulo séptimo relacionado con los agentes del Estado siete puntos esenciales respecto a lo que denominan reglas operacionales que así se acordó en La Habana pero que realmente es lo que se denomina el derecho operacional y fuera de eso da una especificidad clara respecto a la resolución del conflicto como el colombiano.

Toda actuación de la fuerza pública en Colombia, toda está respaldada constitucional y legalmente por eso no se podría jamás extinguir la aplicación eventual del artículo 28 del estatuto de Roma como lo recuerda claramente la Sentencia Cayedsu del Tribunal.

Desde esa perspectiva el derecho operacional o las reglas operacionales cualifican específicamente frente a los agentes del Estado todo lo relacionado con garantías de no repetición y demás ayuda a entender claramente cómo se sucedieron los hechos respecto a una eventual condición de victimización por parte de algunos agentes de la fuerza pública.

Desde esa perspectiva nosotros proponemos que se limite en el artículo 21 y 23 del Proyecto de Acto Legislativo aquella parte que dice que las reglas operacionales se tendrán en cuenta no solamente la calificación de la conducta siempre y cuando no sean contrarias a la normatividad legal.

Pues, el mandato constitucional expresado en el título sexto capítulo séptimo de la fuerza pública hace

alusión precisamente aquí todo lo que realizan las Fuerzas Armadas está blindado de la presunción de legalidad en este caso solamente podrían desvirtuar un juez de la jurisdicción especial para La Paz.

Es bien importante verificar para la seguridad del sistema el tratamiento que se está dando y esto lo ha dicho el fiscal en anteriores oportunidades que se le está dando a la extradición, si nosotros que queremos proteger este sistema de verdad, justicia reparación y garantía de no repetición se debe pensar muy bien teniendo en cuenta el acuerdo final del 24 de noviembre hasta dónde se debe extender la protección para los agentes del Estado, para los desmovilizados y para los terceros en el tiempo relacionado con la extradición.

Creo que todo el debate aquí se centró en el tema del narcotráfico, y en el mundo en la actualidad y en los procesos de transición la mayoría de extradiciones no sean por narcotráfico sino por el incumplimiento de los Estados a la persecución de delitos.

La Presidencia ofrece el uso de la palabra al doctor Jorge Mario Gómez:

Muy buenas tardes honorable Presidente y demás Senadores, yo quisiera exponer ante este auditorio una circunstancia que he escuchado a lo largo de la mañana, ustedes aquí han escuchado en diferentes oportunidades dos falacias fundamentales que quisiera yo debatir y son las siguientes.

Que la no implementación literal del artículo 28 del estatuto de Roma genera una impunidad, y que al no imponerse literalmente ese artículo 28 esto llevaría a la inseguridad jurídica, honorables Senadores esto no es cierto por varias razones, la primera frente a esta ley de justicia transicional se valora en el criterio de que se están privilegiando los derechos de las víctimas y todo este acuerdo ha gravitado precisamente en ese entorno.

Ya lo han dicho aquí los diferentes intervinientes, es un escenario novedoso frente a que nuestro país está juzgando conductas graves y está creando un tribunal de investigación de juzgamiento en ese sentido, ¿y qué valor tiene eso? Que fundamentalmente dos importantes referencias tienen que hacerse y vamos a demostrarle a la comunidad internacional que existe un sistema de justicia comprometido con la verdad y la no impunidad.

Y segundo que existe un sistema de justicia autónomo e independiente, entonces se parte falsamente de la premisa que la creación o la no expresión literal del artículo 28 en los acuerdos genera impunidad, eso no es cierto, la obligación de los estados de acuerdo al pacto de Roma es de investigar, juzgar y sancionar los hechos constitutivos de graves violaciones de los derechos humanos.

Le pregunto yo a ustedes honorables Magistrados ¿será que esto no se está haciendo con el Acto Legislativo? Creo yo que sí se está haciendo, se está construyendo un sistema de justicia para ese sentido, no significa que la no aplicación de este artículo 28 entonces lleve a que tampoco la aplicación literal del estatuto de Roma se tengan que derogar las leyes y se tenga que adoptar una legislación de carácter internacional o modulada para nuestro entorno.

En ese sentido también tiene que decirse que con ello no se puede renunciar a los parámetros de autonomía y de legislación interior, y adicional que la

adopción de esos tratados de carácter internacional sin ninguna condición o esa aplicación del artículo 28 sin ninguna valoración vaya a generar circunstancias de impunidad jurídica.

Es más, el propio estatuto de Roma en su preámbulo advierte que se privilegia el juzgamiento de la investigación de las naciones o de los Estados parte, lo que significa que en primer lugar se debe razonar con un sistema de justicia un componente de justicia al interior de nuestro Estado y esa justicia complementaria indica que cuando fallen los controles de nuestro Estado, cuando falla el sistema juzgamiento pues podrá intervenir la Corte Penal Internacional.

En ese horizonte, si lo que se busca es el cumplimiento de los estándares internacionales no tenemos que ir a otra legislación distinta que a la propia convención americana de derechos humanos, el artículo uno y dos lo afirman, que los estados tienen la obligación de implementar disposiciones en el derecho interno para garantizar los derechos, eso es lo que se está haciendo en el acuerdo.

Por lo tanto el estatuto de Roma o la no aplicación del literal del artículo 28, no deroga la legislación interna, en el articulado, ni las expresiones literales que se contienen allí por no establecerse en este Acto Legislativo, en conclusión podría decirse que esa competencia es de carácter subsidiario y complementario, ¿y por qué lo afirmo? Porque aquí hemos escuchado vuelvo y lo repito a lo largo de la mañana que se corren riesgos de inseguridad jurídica sino se aplica ese artículo 28 de manera literal.

Pero además, como último argumento, la Sentencia 528 del año 2000 de la Corte Constitucional que le hizo el control de constitucionalidad del estatuto de Roma afirmó que su articulado tendrá efectos exclusivamente dentro de los ámbitos de juzgamiento del estatuto de Roma, ¿qué significa eso? Que aquellas personas que estén juzgadas por la Corte Penal Internacional se someterán a ese articulado.

Pero además la Sentencia C-290 del año 2012 afirma que artículos hacen parte del bloque de constitucionalidad, entre ellos el 6, 7, 8, 20, 19.3, 65.4, 68, 75, 84.4 por ninguna parte en esa sentencia de la Corte Constitucional se afirma que el artículo 28 hace parte del bloque de constitucionalidad, en ese sentido honorables Senadores yo les pido a ustedes que consideren que el estatuto de Roma es una fuente complementaria, no es una fuente principal que nos venga a nutrir a nosotros.

Si bien hemos escuchado las cartas de las intervenciones de la Fiscal de la Corte Penal Internacional eso no obsta para que nosotros construyamos nuestra propia legislación, en el entendido que estamos haciendo un sistema de justicia transicional y en ese sistema de justicia transicional si cumplimos el estándar de la protección de las víctimas, que no haya impunidad, que se formulen garantías de no repetición, estará salvaguardado ese Acto Legislativo.

Muchísimas gracias.

La Presidencia ofrece el uso de la palabra a la doctora Sandra Sofía Chacón:

Un cordial saludo para todos, al señor Presidente, a los honorables Senadores que están presentes y que me hubiese gustado que en este momento estuvieran todos

para poder expresar algo bien importante, durante todo el camino que se ha vivido con la jurisdicción especial para la Paz ha habido una constante preocupación, y es el tema con relación a la investigación y juzgamiento para los miembros de las Fuerzas Militares.

Es entendido que si vamos a estar en un proceso transicional, tanto la guerrilla como los militares se les debe brindar unas garantías procesales, unas garantías jurídicas, nosotros tenemos que partir del hecho que en Colombia llevamos más de 50 años en una guerra de carácter irregular, una guerra que ha traído demasiados excesos, defectos, y que por demás se hace necesario la aplicación de esas normas de carácter transicional para poder llegar a lograr una paz estable y duradera.

La preocupación, o lo que yo vengo con el propósito es de señalarles acerca de lo contemplado en el artículo 21 del proyecto, que tiene referencia con la calificación jurídica de la conducta para los miembros de las Fuerzas Militares, allí se dice que en esa valoración de las conductas de los miembros de la fuerza pública se deben tener en cuenta las reglas operacionales vigentes al momento de la comisión del hecho.

Y este a puño señalar lo que así debe ser señor Presidente y honorables Senadores, porque las reglas operacionales son las *lex artis* de los miembros de las Fuerzas Militares, en Colombia no existe ninguna operación militar, ninguna actividad militar que no esté debidamente reglada, ellos tienen unos protocolos y unos manuales específicos con los cuales, manuales y doctrinas y reglamentos que están dentro de la legalidad.

Aquí no se puede pensar o presumir la falta de legalidad de esos reglamentos y esas reglas operacionales, y cada militar deberá responder si dentro de su actividad o en el desarrollo de esta actividad militar incumplieron esas reglas militares, a ustedes Senadores no les debe preocupar porque la valoración de la conducta sea con reglas operacionales para los militares, es que esas reglas operacionales están investidas de legalidad y de legitimidad.

Porque ahí se consagra todo lo concerniente a una operación militar, cómo debe ser el planeamiento, qué se entiende por la ejecución de una operación militar, cada militar tendrá que verificar si cumplió o no cumplió, y dar las explicaciones correspondientes bajo los parámetros de verdad, pero lo que no podemos pretender que no se les juzgue o no se les investigue con esas reglas operacionales.

Porque si lo aceptamos prácticamente que estaríamos en desconocimiento de todo el actuar que durante todos estos años se ha dado, las reglas operacionales ya tienen un sustento legal, van hacer si así ustedes lo señalan elevadas a rango constitucional, pero quiero decirle que bajo el periodo del Presidente Santos a través del Decreto número 1070 del año 2015 se estableció el reglamento único del sector administrativo de la Defensa Nacional.

Y en ese decreto se definió qué era el derecho operacional y en ese decreto se estableció que habían dos pilares fundamentales que debían tenerse en cuenta, el primero entender que estamos bajo un principio de especialidad, y el segundo entender que ahí está el conjunto de la integración de normas de carácter del Derecho Internacional Humanitario y de los derechos humanos.

Y la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional desde el mismo momento en que ratificó y estudió todo lo relacionado en los protocolos y demás ha definido qué se entiende por un conflicto armado interno y ha establecido cómo debe ser o cómo se debe operar esa fuerza pública, también lo establece el Decreto número 124 de 2014, donde señaló que deben operar bajo los sistemas integrados de un Derecho Internacional Humanitario en su caso de unos derechos humanos.

De tal manera que no se puede pensar que por estar valorando la conducta de un militar con reglas operacionales se vaya a poner en riesgo la impunidad, no señor, acá los militares han respondido y tenemos condenas muy altas para militares, para los señores militares que han incumplido, porque si solamente basta revisar el código penal para saber que tenemos la configuración de conductas como el delito de comisión por omisión, la responsabilidad directa, todo está completamente diseñado en la legislación colombiana para poder establecer la responsabilidad penal de los actores del conflicto.

Pero lo que hay que entender acá es que el derecho de operabilidad es una disciplina jurídica y que esa disciplina jurídica por ser transversal busca a través de sus normas establecer qué se entiende por el uso de la fuerza, cuándo es que el militar debe utilizar el uso de la fuerza y no el de entrar a un uso desmedido, cuando en su legitimidad tiene porque cumple una misión constitucional, qué se entiende por el soporte legal de todas las etapas de una operación militar, porque ir al escenario de un combate es muy diferente al estar en escenarios normales.

Ellos tienen que serles valorada esa conducta a través de lo que en ese momento se entendió por la operación militar, cuáles serán los riesgos, hasta dónde iba su capacidad, qué debían hacer y si lo hicieron bien, y si no lo hicieron responder, yo con esto quiero expresarles a ustedes que la necesidad de que esas reglas operacionales estén es muy importante.

En desacuerdo que se establezca que siempre que no sean contrarios a la normatividad legal, yo quiero dejar constancia y quiero hacerles a ustedes una voz, a que se quite ese siempre que no sean contrarias a la normatividad legal, porque es que esas normas son legales, esas normas tienen un sustento jurídico, y no queremos someter a riesgo que cualquier juez considere que esas normas no son legales y por eso se hace necesario y obligatorio que se brinden esas garantías para los militares y se desecha a la parte donde dice siempre que no sean contrarias a esa normatividad.

La Presidencia ofrece el uso de la palabra al doctor José Luciano Sanín, Corporación Viva La Ciudadanía:

Muy buenas tardes, agradezco la posibilidad para participar en esta audiencia y voy a tratar dos puntos de todos los posibles que podríamos hacer comentarios, colocando primero el énfasis en que si es cierto que este Acto Legislativo va dirigido a satisfacer de manera concreta el derecho de las víctimas pues debería esta Comisión y el Senado contemplar o tener en cuenta estas dos propuestas que queremos ser muy puntuales para mejorar el Acto Legislativo que crea el sistema integral de verdad, justicia, reparación y garantías de no repetición.

El primer punto tiene que ver con algo que ya ha mencionado Monseñor Héctor Fabio Henao y que también mencionó el representante de la mesa nacional de víctimas y otras personas que han pasado por esta Comisión, y tiene que ver con el tema de la participación de las víctimas en todo el sistema.

A nosotros nos parece que el Acto Legislativo avanzó muchísimo desde la ponencia de Primer Debate en Comisión de Cámara a Plenaria en el sentido de introducir el principio participación de las víctimas en el sistema, pero nos parece que hace falta tres aspectos puntuales que puede mejorar este tema, el primero tiene que ver con la garantía a cargo del Estado, de las garantías materiales, de las condiciones materiales para que las víctimas puedan participar en todas las instancias del sistema integral.

No va a ser posible, no hace realidad si el Estado no se hace cargo de estas garantías para las víctimas poder participar en las audiencias, poder acopiar la información, poder llegar y prepararse para participar en la Comisión de la Verdad o en la unidad de búsqueda de personas dadas por desaparecidas o en la justicia especial de paz. Se requerirá un apoyo decidido del Estado para que esas condiciones materiales se puedan dar y creo que es muy importante que el acto legislativo que es obligación a cargo del Estado, y habrá que ya en el desarrollo del acto legislativo mirar el mejor dispositivo institucional para hacerlo.

Lo segundo tiene que ver con algo práctico y es que la información, las declaraciones, los documentos que aporten a las víctimas en cualquiera de las instancias del sistema integral para ser usado en otras instancias, no hacer que la víctima tenga que ir a la Comisión de la Verdad, la justicia especial, o a la unidad de víctimas o personas dadas por desaparecidas.

Y lo tercero tiene que ver con un debate que propuso el Procurador y que algunas instituciones, algunas personas le quieren dar una salida y es la siguiente, sin elevar a la Procuraduría como sujeto procesal, ni como tercer interviniente de la justicia especial de paz se le podría asignar por este acto legislativo una función de representación de las víctimas.

Y creo que eso haría compatible, o podría acercar la posición que tiene la Procuraduría con la que se tiene en el proyecto acto legislativo, y así les daríamos a las víctimas algo que reclamar al representante de la mesa nacional de víctimas, un doliente en la institucionalidad del Estado por el derecho a las víctimas en ser parte, sin ser tercero, sino como representante de las víctimas, y creo que podría ser una fórmula que ayude.

Ese, digamos, es el primer punto que tiene que ver con unas garantías para la participación de las víctimas, condiciones materiales, el tema de la utilidad de las declaraciones y documentos, y el tema de la Procuraduría como representante de las víctimas.

Y lo segundo tiene que ver con algo que no le costó al Fiscal, pero que a nosotros nos parece vital, absolutamente importante, y también está en el capítulo uno del acto legislativo y tiene que ver con el tema de las garantías de no repetición. Este acto legislativo es un acto que crea el sistema integral de verdad, justicia, reparación y garantías de no repetición.

La institución principal que está en el acuerdo final para las garantías de no repetición es la que se ha denominado la Unidad Especial de Investigación para Des-

monte de Organizaciones Criminales y sus Redes de Apoyo, y los grupos paramilitares establecían el punto 4.4 esa institución, que es un instrumento fundamental para las garantías de no repetición, debería tener a nuestro modo de ver el mismo nivel jurídico y político que tiene la Comisión de la Verdad, la justicia especial de paz, la Unidad de Personas Dadas por Desaparecidas.

Y por eso pensamos que debe quedar dentro del acto legislativo este tema, entre otras cosas porque es un compromiso del acuerdo; y si no se hace en este acto legislativo, habrá que hacerlo en otro, y por economía legislativa debería estar incluido a cara, y la consecutividad no se rompe porque esto ha estado planteado por varios Congresistas desde la Comisión Primera de la Cámara y así tendríamos la posibilidad de que no tengamos que hacer un acto legislativo para prohibir el paramilitarismo y para crear la Unidad, porque así lo dice el acuerdo, sino que lo tengamos dentro de este acuerdo.

Por eso nosotros queremos enfatizar en estos dos puntos que somos parte de un grupo de organizaciones que quieren ayudar en este proceso de implementación de los acuerdos y tenemos una ponencia muchísimo más larga, señor Presidente, que vamos a dejar en la que se exponen, digamos, de mejor manera estos temas que no veo posible extenderlos acá, pero también hacer un llamado muy importante en lo siguiente y es que el hecho fundamental de este acto legislativo es que se rehaga o se restablezcan los derechos de las víctimas y no se produzca más víctimas en esta sociedad.

Y por eso nosotros pensamos que es vital que el acto legislativo contemple los mecanismos de participación y las garantías de no repetición. Muchas gracias.

La Presidencia ofrece el uso de la palabra a la doctora Judith Maldonado, Movimiento Voces de Paz y Reconciliación:

Muy buenas tardes a todos y todas. Pues debo decir que ejercicios como estos son absolutamente necesarios para ampliar la comprensión, el contenido, los argumentos de tantos grupos que tienen interés sobre este tema.

Sin embargo, hay una cosa que me preocupa, yo creo que acá han hecho como una intervención de pronto algunos en términos de debates personales y de argumentos y citaban la frase de que los llaman los enemigos de la paz. Yo francamente ahí en ese terreno no me quiero meter, pero lo que sí estoy absolutamente convencida es que si no hay enemigos de la verdad, por lo menos la verdad sí es una de las grandes víctimas en todos estos ejercicios.

Y lo refiero por lo siguiente: mire, el artículo, aquí se han debatido, los he escuchado a todos de manera atenta y he procurado tomar nota de los puntos preocupación de todos, pero el punto es que muchos por ejemplo se han enfocado en el tema del artículo 23, es decir, la responsabilidad del mando y por qué no aplica el Estatuto de Roma y otros. Entonces también la preocupación sobre el tema de lo importante que es que no aparezca mención al artículo 28 del Estatuto de Roma y etcétera.

Pero yo voy un poquito más atrás, y ustedes saben que nuestro papel aquí es tratar de ser veedores de la autenticidad y de la fidelidad de que estos desarrollos normativos estén de acuerdo con el texto de lo acordado,

y francamente el capítulo siete, todo en su integridad, el que se refiere a miembros de la fuerza pública, no debería estar en este acto legislativo.

¿Por qué? Porque el acuerdo ha hablado de manera reiterativa y uso cuatro palabras, decía que el tratamiento a los miembros de la fuerza pública iba a ser simétrico, equilibrado, equitativo y simultáneo, pero resulta que en el texto del acuerdo yo les invito y ojalá que de allí para constancia o por lo menos para curiosidad de los que quedan en esta audiencia, si ustedes se remiten a la página 279 del acuerdo, lado 79 de fecha del 9 de noviembre, hay 10 puntos, expresamente 10 temas que deben estar tratados y desarrollados en el acto legislativo.

Es el numeral tres; si me permiten, dice así: “Las partes acuerdan que el Gobierno nacional presentará ante el Congreso un proyecto acto legislativo de creación de jurisdicción especial para la paz”. Y en esos 10 puntos ustedes no encuentran ahí el compromiso de las partes de que se reglamente sobre fuerza pública. Que debe haber algo introductorio que hable sobre el artículo transitorio, que las normas constitucionales deben referirse a esto, a las estructuras, a la sala, el reconocimiento de que los magistrados puedan expedir su reglamento; bueno, 10 puntos, pero no hay uno.

Así es de que los que hablan del gran mico y orangután, yo sí lo veo, pero lo veo en sus reales dimensiones, es decir, que nos están metiendo en un acto legislativo un acápite especial para la fuerza pública, que no es un compromiso acordado, pero hay un párrafo, uno, diría será de aquí que se agarraron: “Además de las anteriores normas, las partes podrán incluir otras en el mencionado acto”, pero da un ejemplo, tales como el tratamiento de sentencias impuestas.

Listo, ahora resuelto eso, a nuestro modo de ver el asunto es ¿pero y cuál es la preocupación? Yo siento que le hacen una reverencia y un altar y creo que debe ser así; yo soy una estudiosa y convencida de esos temas del derecho penal internacional, de la incorporación de todos sus avances. Entonces para unas cosas eso sí funciona muy bien, pero para lo que no les conviene entonces no; y yo quedé como sorprendida y dije miércoles, aquí cómo es el cuento que el Estatuto de Roma no aplica acá en Colombia.

Eso es un tratado internacional, y ustedes, señores Congresistas, además de eso, de todo el trámite por el que tiene que pasar algo para incorporarlo acá y el Estatuto de Roma está en la Ley 742 del 5 de junio de 2002, incorporado incluso a través de un decreto, del 2764 del 26 de noviembre de 2000. O sea, el Estatuto de Roma sí aplica, y no por pedacitos, no por pedacitos, en su integridad.

Pero yo sí quiero compartirlo y aprovecho las cámaras; podrá ser que esto no sea suficiente para la comprensión de todos los colombianos, pero ese parece aquí que está haciendo el factor de mayor tensión, y de presión de los militares, entonces resulta que ellos tienen la propuesta de redacción así, esto, ¿y saben por qué voy a hacer énfasis en esto? Porque esto es una preocupación muy sentida de las víctimas en Colombia y del movimiento de víctimas de crímenes de Estado y de quienes hemos luchado contra la impunidad.

Y contra la impunidad, especialmente de agentes del Estado y de miembros de la fuerza pública. Resulta que ellos queden en el texto y han hecho una redac-

ción donde dice que para que tengan responsabilidad de mando tiene que haber unas cuatro condiciones concurrentes, es decir, que sin eso yo no tuve nada que ver, cuatro condiciones concurrentes: 1. Que los delitos se hayan cometido en el área donde yo, pero tengo responsabilidad. 2. Que yo haya tenido la capacidad legal y material para emitir esas órdenes. 3. Que yo como superior jerárquico tenga la capacidad efectiva de desarrollar y ejecutar operaciones en el área, y 4. Que hubiera tenido la capacidad material de tomar las medidas de precaución.

Yo les voy a decir que es eso y se lo digo al pueblo colombiano, esto no es otra cosa que la síntesis de todos los argumentos de defensa en los que en los falsos positivos los militares se han escudado, porque es que a mí cómo me va a responsabilizar de los dos jóvenes que desaparecimos en el Parque Centenario de Bucaramanga, los de su Soacha y llevamos a Ocaña, si es que esa área no es de mi competencia, si es que yo cómo iba a emitir una orden así de ilegal, desaparecer, entregar y rematar a tiros y simular una operación militar. Esos son los argumentos.

¿Y cuál es el miedo o la preocupación? Es que el Estatuto de Roma en el artículo 28 habla de la responsabilidad de mando, y presenta un panorama completamente diferente; ¿como un panorama garantiza el que no deberían tenerle miedo los militares? Porque yo sí creo que ahí hay gente que está convencida de respetar y salvaguardar los bienes y derechos de la población colombiana.

Pero entonces el artículo 28 plantea otro panorama, dice mire, hay responsabilidad de mando, control efectivo, pero es responsable si hubiera sabido o en razón de las circunstancias debería haber sabido. Entonces uno dice bueno, eso es evidente, si a uno como comandante de la Brigada Móvil número 15, que reportan 383, es una cifra que recuerdo, falsos positivos cometidos bajo mi jurisdicción, yo le decía no, qué guerra quiera de tropa la que yo tengo hoy y miro qué es lo que está pasando ahí.

Con todas esas denuncias y N. N. y todo, entonces el Estatuto de Roma dice ojo, debería saber o haber sabido lo que está ocurriendo ahí, que no hubiere adoptado las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir eso y verificar, y resulta que se pudo verificar falseada en un poco de documentos recibiendo pagos de denuncias.

Pero eso era como uno de los ejemplos. Entonces quería compartir en esta audiencia esa preocupación, pero la preocupación nuestra es anterior; es que ese capítulo no debería estar ahí, no hace parte de lo acordado, y a mí sí me preocupa que le quieran definir unas reglas procedimentales a la investigación de esos casos y elevar gratis que a rango constitucional y meterlas en el acto legislativo.

Bueno, ahí, como dijo alguien, le quita uno de pronto la emoción de su primera intervención; dijeron no, bueno, adelantemos el debate y lo damos en sesiones como por supuesto que tenía opiniones sobre cada una de las intervenciones que han hecho, y lo que sí anticipo ya para cerrar es que o no estamos leyendo el mismo acuerdo; hubo el mismo texto que está en debate, pero lamento profundamente que muchas de las intervenciones no estén sustentadas en la velocidad del acuerdo y en la realidad de lo que está firmado. Muchas gracias.

La Presidencia concede el uso de la palabra al honorable Senador Alexander López Maya:

Mientras llega, señor Presidente, con todo respeto, el siguiente orador, yo sí quisiera saber por Secretaría si la intervención del señor Fiscal General, la del Procurador y la del Presidente del Consejo de Estado dejaron un escrito sobre su intervención. Si dejaron escrito, yo le solicitaría que nos lo haga llegar el escrito; y si no lo dejaron escrito, para que certifique si efectivamente lo dejaron o no, porque es muy importante que en este momento justo de implementación de los acuerdos en el Congreso nosotros sepamos a profundidad cuáles son las afirmaciones, las preocupaciones, las posturas que tiene cada uno de estos entes del Estado para saber a qué nos estamos ateniendo en esto. Presidente, entonces yo sí quisiera saber eso. Muchas gracias.

La Presidencia ofrece el uso de la palabra al doctor John Fernando Vásquez Orjuela:

Buenas tardes. Muchas gracias y muy pertinente mi intervención a raíz de la persona que me antecedió. Honorables Senadores, respetados expositores y asistentes, vengo en representación de la Defensoría Militar, que es una corporación sin ánimo de lucro que defiende a militares en procesos penales, disciplinarios y administrativos.

Para la defensoría militar es una valiosa oportunidad la participación en esta audiencia pública en la medida en que con base en una experiencia litigiosa acumulada de más de dos décadas el proceso seguido contra miembros del Ejército nacional, le permite contribuir en la construcción y mejor entendimiento de una solución jurídica para los integrantes de la fuerza pública en el marco de este proceso de terminación del conflicto armado entre el Estado colombiano y las FARC.

En la actualidad, la Defensoría Militar cuenta con 65.316 afiliados miembros del Ejército nacional en servicio activo y de la reserva activa, de los cuales asisten jurídicamente a 9.866 en 5.022 procesos penales, como decía, disciplinarios, fiscales y contencioso-administrativos.

Del número total de los asistidos, 7.506 corresponden a miembros del Ejército involucrados en investigaciones penales relacionadas con el conflicto armado. Debido al límite de tiempo y agradeciendo que a pesar de lo avanzado de la hora todavía continúan acompañándonos, centraré mi exposición en dos puntos esenciales, la responsabilidad del mando al interior de la fuerza pública y, la segunda, lo concerniente a la importancia de las reglas operacionales a las cuales ya se ha hecho alguna alusión de los anteriores intervinientes como fuente de interpretación especial y obligatoria para los operadores de la justicia especial.

Las partes en negociación optaron por una definición propia de la responsabilidad de los comandantes militares y superiores policiales por las acciones de los funcionarios bajo su mando, basada en la prohibición expresa de la responsabilidad por estructura, esto es, la fundada mera posición jerárquica o ámbito de jurisdicción asignada.

En efecto, el Gobierno nacional y las FARC han previsto como eje de la responsabilidad del mando militar y policial el control efectivo sobre la conducta de sus subordinados, por lo que no basta la simple relación de subordinación para atribuirle responsabilidad penal por hechos de estos. Contrario a lo que equivocada-

mente algunos sectores de la opinión alegan, la responsabilidad de mando en estructuras legales jerarquizadas como las fuerzas militares y la policía no puede constituirse como una fórmula que facilite la imputación de responsabilidad de los superiores por toda clase de conductas cometidas por sus subordinados.

Tanto en la jurisprudencia de los tribunales penales internacionales como la de nuestra Corte Suprema de Justicia, ha quedado claro a partir de la proscripción de la responsabilidad objetiva en materia penal que la determinación de la responsabilidad de los comandantes militares y superiores policiales atiende la construcción compleja, que va más allá de la simple posición de jerarquía.

En el connotado caso Celebici, en el tribunal penal para la ex-Yugoslavia se advirtió que la responsabilidad del mando tiene tres elementos: primero, la existencia de la cadena de mando, la capacidad de dar órdenes e imponer acciones y, tercero, tal vez el más trascendental, el control efectivo sobre las acciones de los subordinados.

Sobre este último elemento, dicho tribunal consideró que el mando efectivo corresponde a la capacidad real, efectiva, que el superior puede y debe ejercer sobre sus tropas a efectos de imponer órdenes y sanciones. Claramente, esta posición de la jurisdicción penal internacional varió tesis como la esgrimida en el Tribunal de Tokio en el caso del teniente general Matsui y general Yamashita.

La Defensoría Militar debe resaltar que la jurisprudencia internacional más reciente, derivada de la resolución de casos que involucran la responsabilidad de mando en organizaciones legales, jerarquizadas, hace énfasis en que su fundamento está en el control efectivo del superior sobre las acciones y la conducta del subordinado y no en la simple posición jerárquica que esto ostenta.

Quiere decir esto nada más y nada menos que la determinación de la responsabilidad del mando debe fundamentarse en la capacidad material de prevenir o castigar la conducta criminal de los subordinados. Esto supondrá desde luego el conocimiento preciso de la comisión de la conducta y la capacidad real de imponer correctivos, insisto, la jurisprudencia internacional. Esta materia finca la responsabilidad del superior en el dominio de la conducta de los subordinados, no en la simple superioridad formal o simplemente estructural.

Esto no es extraño en la jurisprudencia colombiana; recientemente, en la sentencia el 12 de octubre de 2016 la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia afirmó que la atribución de la responsabilidad penal teniendo en consideración solo el cargo dado y la condición de superioridad de un funcionario sin analizar los pormenores de los acontecimientos conduciría a aplicar una forma de responsabilidad objetiva que está proscriba en el artículo 12 de nuestro Código Penal.

Esto es absolutamente diferente a lo que ocurre con la responsabilidad de los superiores en organizaciones o estructuras ilegales, como en un reciente fallo en contra del ELN por la masacre de Machuca. El segundo aspecto anunció para la intervención corresponde a la importancia de las reglas operacionales de la fuerza pública que están contenidas en manuales, reglamentos, directivas e instructivos, reglamentos estos que por su valor vinculante deben tener un valor vinculante para

que la calificación jurídica de las conductas y la determinación de la responsabilidad por parte de los operadores de la justicia para la paz, representando un acierto de mayor importancia.

Consideramos fundamental que todos los operadores judiciales y no solo los de la justicia especial a la hora de examinar la legalidad de una operación militar o de un operativo policial y determinar las provenientes responsabilidades que deban tener en consideración las reglas específicas que regulan el planteamiento.

La Presidencia ofrece el uso de la palabra al doctor Jesús Orlando Gómez:

Muy buenas tardes, honorable Presidente de la Comisión, distinguidos Senadores de la República. Colombiano en Ruanda, colombiano en la ex-Yugoslavia, Colombia vive un conflicto, pero no una guerra internacional. Por lo tanto, no estamos creando ni el Congreso está creando una corte, un tribunal internacional que consiste o llame a la aplicación de estatutos penales internacionales. Ha dicho la Corte Constitucional, y es jurisprudencia que obliga a las autoridades, que a quien delinque al interior del territorio nacional, sea quien sea, comandante guerrillero, comandante militar, civil o particular, se lo juzga con aplicación de las leyes preexistentes.

Sentencia C-578 del 2002, que declaró la exequibilidad del Pacto de Roma. Aquí se viene ventilando una posición discutible y que merece ser analizada, que es que los pactos internacionales son obligatorios, que Colombia los suscribe, y esa es una verdad a medias, honorables Senadores.

El Pacto de Roma es la única legislación penal internacional propiamente dicha, no hay otra, y principios y hay estatutos de tribunales *ad hoc*, el de Ruanda y el de la ex-Yugoslavia. Este es el único estatuto que hay, y es un derecho en construcción, en construcción.

Pues bien, el sistema del Pacto de Roma, honorable Senador, es que quien juzga, investiga con sus propias leyes son las autoridades del país donde se cometió el hecho; ese es el sistema actual y no hay otro. Quien investiga, juzga por sus propias leyes y con sus propios jueces son las autoridades del lugar donde se cometió el hecho; así lo dice el párrafo seis del preámbulo, el párrafo penúltimo del preámbulo, el artículo 17 y el artículo 80 del Estatuto de Roma.

O sea que Colombia es la llamada a investigar y a juzgar, pero con aplicación de su jurisdicción interna y de sus leyes internas. El Pacto de Roma, ha dicho la Corte Constitucional en esa sentencia, en la C-801 del 2009 y en la 290 del 2012, en la que es obligatorio solo cuando la Corte Penal Internacional asuma su competencia, o sea, que su obligatoriedad del Estatuto de Roma, honorable Senador Serpa, en los procesos que adelante la Corte Penal Internacional solo allá.

Cuando un juez colombiano inicia un proceso, juzga con las leyes penales internas; ese es el sistema y no otro. Por eso el artículo 80 del Estatuto de Roma dice que no se opone a la aplicación de las leyes internas por los jueces de la jurisdicción nacional, entonces es cuando la Corte Penal Internacional asume competencia cuando el Pacto de Roma cobra obligatoriedad y así lo dice el artículo 93 inciso final de la Constitución Política, que estamos olvidando.

Les recuerdo que este honorable Congreso para hacer posible la vigencia del Pacto de Roma, hubo de introducir mediante acto legislativo 2 del 2001 una adición al artículo 93 de la Constitución. En esa visión en el último párrafo se dijo lo siguiente: La admisión de un tratamiento diferente en materia sustancial por parte del Estatuto de Roma con respecto a la garantía consagrada en la Constitución tendrá efectos exclusivamente en los procesos que se tramiten ante la Corte Penal Internacional.

No nos podemos olvidar de este acto legislativo, que limita la obligatoriedad del estatuto de la Corte solo a procesos que tramite la propia Corte Penal Internacional. Y es que aquí, honorables Congresistas, hay un punto que debe ser aclarado: la Corte Constitucional, cuya sentencia debe considerarse porque se trata de un fallo de exigibilidad y nada menos que cuando interpretó el contenido y el alcance del Estatuto de Roma, señaló que en su Estatuto de Roma contiene siete tratamientos contrarios a la Constitución.

O sea, que vulnera la Constitución; dentro de esos siete temas identificó el artículo 28 la responsabilidad del mando, o sea, que según la Corte Penal Internacional ese artículo es contrario al sistema constitucional colombiano y a las garantías que establece la Constitución para cualquier colombiano.

¿Qué dijo la Corte para declararlo exequible? Que en consecuencia por contener un tratamiento diferente al que contiene el que consagra la Constitución, que es un sistema de culpabilidad subjetiva, dijo que solo era aplicable ante la Corte Penal Internacional y que los jueces aplicarían un deben aplicar las leyes internas.

Finalmente, y gracias a la brevedad del tiempo, manifiesto lo siguiente: el Código Penal colombiano tiene suficientes normas para hacer responsables y juzgar a civiles y a militares, guerrilleros y comandantes de las fuerzas, y señaló en la sentencia CU-1184 del 2001 que el juzgamiento era a través del delito de omisión, o sea, por la violación de la función de garante, por omisión, artículo 25 del Código Penal. Por lo tanto, no necesitamos traer legislaciones para tribunales internacionales para juzgar hechos cometidos en Colombia, porque tenemos las leyes y las codificaciones suficientes.

No en vano nótese que en este estatuto especial no se tipifican delitos; se está remitiendo al Código Penal, y en esta intervención lo que estamos pidiendo es remitirnos a la ley penal vigente previa al acto que se imputa. Muchas gracias, Su Señoría.

La Presidencia, ofrece el uso de la palabra al doctor Juan Carlos Ospina, Comisión Colombiana de Juristas:

Buenas tardes. La Comisión Colombiana de Juristas durante 25 años ha promovido el respeto y la garantía del Derecho Internacional Humanitario y el derecho internacional de los derechos humanos. Esta es una nueva evocación en la que ante el Congreso de la República donde la Corte Constitucional estamos debatiendo si las normas de derecho internacional son aplicables o no en Colombia.

Históricamente hemos sostenido que sí, la razón la dan las sentencias de la Corte Constitucional y los distintos pronunciamientos que se han dado en este Congreso y en otras autoridades internacionales. Dado el tiempo, quisiéramos adherirnos, uno, al comunicado que el día de ayer estuvimos en conjunto con Minis-

terio Justicia, con la Universidad de los Andes y con otras organizaciones en las que proponemos algunas soluciones que permitan resolver algunos de los asuntos que hoy en día son más complejos en este proyecto de acto legislativo.

Adicionalmente, un documento que hemos radicado en la Secretaría de la Comisión y que permite esbozar de manera más amplia lo que quisiera mencionarles, por el tiempo entonces movía (...) dos asuntos: uno, la búsqueda de personas desaparecidas y, dos, las referencias del derecho internacional de los derechos humanos en tratamiento a agentes del Estado.

Sea lo primero, en Colombia ya existe una comisión de búsqueda de personas desaparecidas que no ha cumplido con su objeto, y no lo ha podido cumplir porque tiene una insuficiente capacidad técnica, operativa, presupuestal; no tiene autonomía, no tiene independencia y en suma es una comisión asesora.

Si queremos que ese desafío en relación con la búsqueda, identificación y entrega digna de las personas desaparecidas sea efectivo, necesitamos que la Unidad de Búsqueda también tenga las capacidades para poderlo hacer. En esa medida lo que solicitamos al honorable Congreso es que la naturaleza jurídica que se otorgue a la unidad de búsqueda de personas desaparecidas sea propia, sea especial de acuerdo con el artículo 113 de la Constitución.

¿Qué quiere decir eso? Que como hoy se está garantizando la autonomía e independencia de la Comisión de la Verdad y asimismo de la jurisdicción especial para la paz, que son los otros dos mecanismos del sistema integral, pues al tercer mecanismo también lo dotemos de la suficiente autonomía o más independencia para que vigorosamente pueda cumplir con sus propósitos, porque de otra manera caeremos bajo el ejercicio anterior que se promovió y que no cumplió con las expectativas de las víctimas y pues en este caso de la sociedad, que es un conjunto que espera aún sus desaparecidos.

Segundo, hace menos de un año mediante la sentencia C-084 la Corte Constitucional señaló que el derecho internacional de los derechos humanos y el Derecho Internacional Humanitario son complementarios y son convergentes, ¿qué quiere decir eso? Que los dos se relacionan en todas las actividades de justicia. No obstante, esa declaración de la Corte fue con ocasión de una omisión del Congreso en relación con el acto legislativo del fuero penal militar; hoy en día en esta nueva instancia se quiere generar nuevamente esa omisión.

Hace menos de un año la Corte dijo que ese no era el camino, que omitiendo las referencias de derecho nacional de los derechos humanos no que decir que no se aplique, y nuevamente en este proyecto se está omitiendo el derecho internacional de derechos humanos con el interés que no aplique para efectos de determinar la responsabilidad de mando.

Contrario a lo que han manifestado algunas otras personas en esta audiencia, claro que el Estatuto de Roma es obligatorio para el Estado colombiano; es más: hay una ley aprobada por este Congreso que incorporó el Estatuto de Roma a la constitución, de acuerdo con el artículo 93, y sigue mencionando la audiencia que no es posible que se juzgue a partir del Estatuto de Roma; pero adicionalmente se quiere que se dé un trato distinto si esa gente de Estado en el tratamiento debe ser específico y reducido, incluso miembros de la guerrilla

hoy, como está en el acuerdo, pues hoy va conforme al artículo 28 del Estatuto de Roma.

¿Qué creemos nosotros? En que esta omisión en relación con el cumplimiento de los parámetros que ha fijado la Corte Penal Internacional, en relación con la responsabilidad de mando, de la ampliación de la competencia que se está dando, perdón, la reducción de la competencia que se está dando de la JEP con ocasión del conflicto y agregando otros elementos para efectos de los agentes del Estado, pues lo que hace es activar la competencia internacional; no va a pasar nada distinto.

Porque lo que no se juzgue de acuerdo con nuestro derecho, que son las conductas más graves, la humanidad en su conjunto se ha puesto de acuerdo, después de la Segunda Guerra Mundial para que las conductas más graves siempre sean juzgadas, y con el proyecto de acto legislativo como se quieren relación con el tratamiento en estado las conductas más graves, algunas de esas conductas más graves no van a ser juzgadas, ¿qué va a hacer la humanidad, representada por la Corte Penal Internacional? Pues abrir competencia, no hay otra opción.

En esa medida quisiéramos complementar adhiriéndonos a la posición del Consejo de Estado en relación con las dificultades que tiene el artículo 17; el artículo 17 señala que las medidas de reparación serán distribuidas entre las víctimas teniendo en cuenta el universo de las mismas, y adicionalmente que se buscará la igualdad y equidad de la reparación de acuerdo con los recursos disponibles.

Es decir, no solamente concedemos amnistía, tratamientos especiales en relación con la responsabilidad civil, prohibimos a las víctimas interponer acciones judiciales para acceder a indemnizaciones, sino que les decimos que si alcanza la plata con mucho gusto los podemos reparar y que adicionalmente las medidas de reparación, como no alcanzan para todos, se van a distribuir entre ellos de manera equitativa.

La Presidencia ofrece el uso de la palabra al doctor William Rozo, Cinep:

Buenas tardes. Señor Presidente, honorables Senadores, invitados especiales, en aras del tiempo, me voy a referir únicamente al artículo tres del acto legislativo 02 en relación con la Comisión de búsqueda, la Unidad de Búsqueda de Personas Dadas por Desaparecidas en Contexto y con Ocasión del Conflicto Armado.

La persona que me antecedió citó varios de los aspectos; uno de ellos, quiero reiterarlo, es la importancia de que esa unidad tenga fuerza, porque así como está redactado el artículo, es otra unidad de búsqueda de personas desaparecidas que no tiene poder ni facultades para buscar, exhumar, identificar, entregar; o sea, vamos a tener otro aparato muy parecido al que ya se tiene, con un agravante: en el Cinep desde 1972, y en especial desde 1988, llevamos un banco de datos que registra los casos de violaciones de derechos humanos que ocurren en el país y a los que tenemos acceso, se pueden consultar en www.nocheyniebla.org. Ahí van a encontrar el compendio de casos.

La gran mayoría de casos de desaparición forzada en Colombia no se circunscriben en lo que el espíritu del acuerdo llama conflicto armado; la gran mayoría de casos de desaparición forzada en Colombia son presuntamente atribuibles a agentes del Estado en ciudades y lugares donde no hay una confrontación armada.

Y esta Comisión se circunscribe a buscar los desaparecidos solo dentro del conflicto armado, así como está redactada; por eso sugerimos que se adicione, no que se cambie, sino que se adicione que además de los desaparecidos en el contexto y con ocasión del conflicto armado, se busque a los desaparecidos de agentes del Estado; por ejemplo, el caso de los estudiantes de la Universidad Nacional o cualquiera de los otros casos. Eso no está dentro de la lógica del conflicto armado, pero están desaparecidos. O sindicalistas desaparecidos, por citar un ejemplo. El Senador conoce muy bien el tema, no es dentro de un marco de la confrontación armada, es dentro del marco de la protesta social, dentro de otros contextos; entonces esta unidad para quedar con esa limitación y quisiéramos sugerir que se adicione ese aspecto.

Y para terminar, reiterar también ya la solicitud por la intervención anterior de que esta unidad debe tener un carácter de rango constitucional en términos de autonomía administrativa, porque así como está creada, está en el acto legislativo, se reglamenta a través de una ley, y lo más seguro es que va a terminar dependiendo de un ministerio otro tipo de instituciones del nivel ejecutivo y entonces va a quedar muy parecido a la unidad de víctimas en la continuación del Esnarif. En palabras del director, decía eso es un cabo dándole órdenes a un coronel, no funciona.

Esa es la invitación puntual que queremos hacer en este punto. Muchas gracias.

La Presidencia ofrece el uso de la palabra a la doctora Linda María Cabrera Cifuentes, Sisma Mujer:

Muchas gracias a Senadores y Senadoras, yo represento a la alianza cinco claves que es una alianza de organizaciones de mujeres que ha hecho una apuesta por la incorporación de los acuerdos de paz de un tratamiento diferencial para las mujeres víctimas de violencia sexual; a continuación quisiera presentar algunas observaciones de manera muy breve y dejar el documento para su consideración estudios sobre estas observaciones y sobre las propuestas que tenemos de ajuste normativo.

Lo primero que quisiera destacar es que en efecto hemos encontrado que no hay un criterio claro para desagregar las normas entre las de rango legal y las de rango constitucional, pareciera ser que únicamente el interés de la fuerza pública es el que está determinando el rango al cual quedan asignadas las normas en este caso rango constitucional.

Y como aquí bien se dijo creemos que eso no era objeto del acto legislativo en relación con la Jurisdicción Especial para la Paz, la primera observación dicha esta claridad que nosotros tenemos preocupación sobre las conductas a las cuales se aplica la Jurisdicción Especial para la Paz y nótese que cuando uno mira la 1820 dice que los beneficios legales, todos aquellos aprobados en la 1820 que se pretenda las conductas relacionadas con el conflicto.

Y la JEP dice también que se aplica a las conductas relacionadas con el conflicto y resulta que aquí debe haber una diferencia clara no solo por la legalidad sino por el debido proceso tanto de los responsables como de las víctimas y clarificar a cuáles conductas se agrega y se aplica la Jurisdicción Especial para la Paz, aquí creemos que no hay claridad y por eso nuestra propues-

ta es que la competencia de la JEP se circunscriba a la competencia que prevé el acuerdo que es para los crímenes graves que es la que amerita ese andamiaje institucional para juzgar en un proceso de justicia transicional los crímenes más graves.

Tal cual está hoy el artículo 22 podrían incluso incluirse delitos como de corrupción en materia de contratación de armamento, porque los criterios del artículo 22 del proyecto de acto legislativo permite la inclusión de ese tipo de delitos justamente porque no hay claridad de cuáles son los delitos a los cuales se aplica la JEP.

Lo segundo que quisiera decirles para compartirles una preocupación de las más graves que tenemos nosotras y es en relación con varias de las normas que tiene el proyecto de acto legislativo sobre la Jurisdicción Especial para La Paz en relación con la definición de conflicto armado, creemos que se puede extraer de varias de las normas del proyecto de acto legislativo una noción de conflicto armado, hecho digamos a la medida de las necesidades de la fuerza pública.

E insisto mucho de la fuerza pública porque nosotras hemos sido vehementes en también denunciar la violencia sexual cometida por las FARC, pero este proyecto claramente tiene un énfasis en fuerza pública y por eso no puedo omitir el tema; en ese sentido quisiera dejar claro que la definición de conflicto armado que trae el acuerdo, el proyecto de acto legislativo al momento tanto en el artículo quinto como en el artículo 22 y siguientes, pues es una definición del conflicto armado que no se compadece con la que hemos trabajado de cara a la Corte Constitucional en los autos 092 de 2008 y 08 de 2015.

Por ejemplo, a modo solo de ejemplo se cita en el proyecto de acto legislativo que se considera acto relacionado con el conflicto aquello que haya generado habilidades en el responsable para generar el delito, yo me pregunto qué tipo de habilidades va a determinar un juez el día de mañana para demostrar si la violencia sexual, uno, está relacionado con el conflicto, y por eso hemos hecho una propuesta ajuste normativo ese artículo 22 para que se clarifique este tema que está en contravía con los estándares jurisprudenciales de violencia sexual relacionada con el conflicto.

Asimismo y en esto no voy a detener personas no voy a mencionar en relación con los estándares normativos que se aplican, proponemos obviamente eliminar las reglas operacionales porque no tenemos ningún sustento jurídico para relacionar las reglas operacionales con la violencia sexual y es que claramente como no hace parte de las competencias de la fuerza pública pues no se puede admitir esta norma como referente de valoración normativa de conductas como la violencia sexual.

El otro punto es sobre las garantías para incentivar la denuncia, a propósito de estos proponemos una serie de reformas en el artículo quinto, en el artículo produce, sobre la reglamentación que se hará de la JEP, el sentido de incluir mecanismos para incentivar la denuncia de las mujeres víctimas de violencia sexual y su participación procesal, hasta el día de hoy vamos a llegar a la puerta de la JEP y de ahí para adelante no los puede representar una mujer víctima de violencia sexual en el proceso y por tanto está todo hecho para que no haya denuncias ni de las FARC ni de la fuerza pública sobre hechos de violencia sexual.

Y por eso estamos queriendo insistir en un mecanismo de intervención integral para la atención de las mujeres víctimas de violencia sexual en el conflicto y lo hemos incorporado en la propuesta por eso, y finalmente destacar algo en relación, primero, con la paridad en la composición de las instancias del sistema, ya está previsto que tiene que ser con criterios de constitución equitativa entre hombres y mujeres, pero nosotros le seguimos apostando a la pérdida y creemos que es el momento para regular este tema en el sistema integral que se creó.

Y en relación con la Comisión de la Verdad simplemente decirles que una de las ganancias que tenemos las organizaciones de mujeres en el acuerdo de paz fue la creación de un grupo especializado de género en esta Comisión de la Verdad y este grupo fue excluido en el proyecto acto legislativo que ustedes tienen a su consideración, por tanto, creemos que es importante que así como ya se avanzó en Cámara, y se incluyó en la Jurisdicción Especial para la Paz, el equipo especializado en la investigación de violencia sexual en la Comisión de la Verdad también se tiene que avanzar en la inclusión de este grupo especial de género para la investigación de toda la violencia contra la mujer.

Muchas gracias.

La Presidencia ofrece el uso de la palabra al doctor Fernando Vargas Valencia, Codhes:

Buenas tardes, señor Presidente, señores Senadores y señoras Senadoras, asistentes, desde las consejería para los Derechos Humanos y el desplazamiento queremos exponer brevemente cuál es nuestra visión frente al acto legislativo, frente al proyecto acto legislativo que actualmente cursa, nuestras referencias estarán centradas básicamente frente al tema de las víctimas que es nuestra preocupación; en este sentido vamos a resaltar dos aspectos que son centrales, particularmente el tema de la participación de las víctimas como está actualmente concebido dentro de la JEP y el tema de la reparación.

Nos preocupa de manera particular la referencia o la ausencia de referencias la participación de las víctimas en las escogencia de los altos cargos de funcionarios de la JEP, de manera particular es muy relevante señalar como se han dado algunos avances en el Congreso con la intención de haber modificado de haber reconoció actualmente la posibilidad de que las víctimas actúen como intervinientes.

Sin embargo, esa condición de intervinientes nos parece que demerita la concesión que otorga el acuerdo de paz a las víctimas como centrales dentro del acuerdo, ellas y a sus derechos, la comisión de intervinientes nos parece que es precaria, que puede redundar en una participación que se vuelva accidental en la cual su participación está incluso condicionada a que sea potestativa del juez llamarla para que participe o no.

Y en ese sentido entendiendo que la participación de las víctimas como es concebido en nuestro ordenamiento constitucional, como lo ha expresado la Corte Constitucional es un derecho de las víctimas y dado que los acuerdos de paz contemplan de manera expresa que los mismos no se presentarán para que existan menguas, que retrocesos en los márgenes en los niveles de protección alcanzados creemos que esa concepción puede derivar en un retroceso de los estándares de par-

ticipación actuales de las víctimas existentes, incluso en el marco de ley de justicia y paz.

Expresamente el acto legislativo consagra las posibilidades de la existencia de un reglamento de la JEP, en el cual se habla del apoyo para las víctimas si no se habla de participación, creemos que eso también puede redundar en un menoscabo de los derechos actualmente concebidos, creemos necesario contratar de manera expresa garantías del orden sustancial o de acceso, garantías que son procesales o de participación y garantías probatorias para las víctimas tendientes a que su participación sea del orden efectivo y no sea solo del orden formal.

Sobre la reparación a las víctimas nos preocupa la concepción actual que tiene el proyecto de acto legislativo en la medida que no hay menciones expresas, no hay garantías expresas para la reparación material de las víctimas, en esta medida o en la medida en que se están desplazando las esferas estatales toda la responsabilidad de reparación dado que se excluye en algunos sentidos a los victimarios, por ejemplo de las acciones de repetición, de la no indemnización judicial en caso de que haya amnistías, la no extinción de dominio lo cual redundaría en que con los actuales recursos, con los recursos que se pretenden asignar a estos fines que van hacer exigüos, que van a ser escasos deban priorizarse, nos encontraremos con unas víctimas que podrán ser objeto de medidas de reparaciones económicas y víctimas que no van a poder acceder a las indemnizaciones, lo cual marca una suerte de discriminación y un trato desfavorable a las víctimas y contradiría las obligaciones internacionales del Estado y contraría los sentidos mismos del acuerdo que otorga una supuesta centralidad de las víctimas y sus derechos.

Por ello creemos que si no se incluyen estas garantías de manera expresa, la aludida centralidad de las víctimas y sus derechos no se convierte sino meramente en un argumento retórico, con el cual pretendemos obtener legitimidad del proceso que se está adelantando pero en el cual no hay una real y verdadera satisfacción de los derechos de las víctimas.

No existe ningún tipo de condicionamiento, un trato penal favorable, un trato penal más benéfico condicionado al que los agentes del Estado entreguen bienes y reparen a sus víctimas, por el contrario, como ya he mencionado se hace un énfasis en que la reparación y la indemnización se desplazarán exclusivamente a las esferas estatales.

No hay tampoco dentro de la JEP ninguna instancia, órgano o institución que represente a las víctimas, no hay una contemplación expresa de quién va a representar a las víctimas y quién actuará dentro de estos procesos en nombre de las víctimas, y no hay tampoco una mención expresa a la participación de las víctimas dentro de las sanciones, al momento de terminar las víctimas no sabemos qué papel van a jugar las víctimas, creo que en términos generales ese recoge un poco la visión de Codhes, hay un documento que hemos emitido, está radicado, hemos socializado el documento con algunos Senadores, y pues hacemos un llamado al Congreso y a ustedes honorables Senadores en el sentido de atender el texto del acuerdo y realmente la centralidad que deben tener los derechos de las víctimas y no meramente a su formalidad o utilizarlas como un argumento.

La Presidencia ofrece el uso de la palabra a la doctora Esther Marina Gallego Zapata, Ruta Pacífica de las Mujeres:

Buenas tardes Senadores y Senadoras, muchas gracias por la invitación a escuchar las voces, en este caso las voces de las mujeres respecto al acto legislativo, nosotras partimos de que el acto legislativo es integral y que, por lo tanto, pues debe tener un peso específico todos los acápite que tienen el acto, la verdad, la reparación, la unidad de búsqueda de personas.

Y por lo tanto, pues nos parece que se ha centrado el debate básicamente en la justicia de la JEP en el sentido de la parte penal, creemos que debe mantenerse el espíritu de los acuerdos entre las partes, trasladado pues al acto legislativo por ser un tema trascendental para el país de poner fin a más de 50 años de conflicto interno.

También porque en este punto, el punto cinco puso a las víctimas en el centro lo que hace que sea un buen acuerdo respecto a los procesos pactados en el mundo, se hace entonces necesario que el texto del acuerdo se traslade al acto legislativo sin interpretaciones para modificar lo acordado y erosionar la salida negociada lograda en el país.

Este apoyo será una oportunidad para avanzar en la verdad, la justicia y la reparación y muy especialmente la no repetición que esperamos frente a los hechos que han golpeado gravemente a las mujeres, en sus vidas, en sus cuerpos, los cambios e interpretaciones del acuerdo no acordes con lo firmado con las partes podrían poner en riesgo y tener repercusiones en la reparación y la reconciliación del país.

Las organizaciones de mujeres que hemos trabajado durante décadas por la salida negociada y por las mujeres sobrevivientes del conflicto armado desde el enfoque de ciudadanos de derechos hemos constatado la importancia que tiene para sus vidas la verdad y la reparación en un marco de no repetición que está expresado en su deseo, porque se termine la guerra y las violencias que esta trae donde sus vidas están altamente impactadas por esta situación.

La Ruta Pacífica de las Mujeres lleva a cabo por la Comisión de la Verdad desde las mujeres, una Comisión hecha expresamente por mujeres con 1.000 testimonios de mujeres cuyo informe fue presentado en el 2003, esta Comisión refleja que la justicia para las mujeres es importante, pero debe ir acompañada de la verdad, la dignificación, el reconocimiento, y una adecuada reparación, debe reconocer los daños a las mujeres, especialmente la violencia sexual, un delito y una victimización emblemática, sin estas premisas no puede hablarse de justicia, a la justicia especial llegarán sólo algunos casos, hechos y perpetradores, no podrá juzgarse el universo de los hechos que ha habido, por ello llenar este proceso de verdad y reparación, así como la incidencia para que efectivamente en Colombia no vuelva a haber guerra es un elemento de justicia para las mujeres que además contribuye al proceso de reconciliación que como país debemos avanzar.

En este sentido también nos parece importante que el enfoque restaurativo de la pena y lo vemos en dos sentidos, uno es una pena alterna por los crímenes cometidos con ocasión del conflicto y segundo cumple la función de ser elementos reparadores para las mujeres víctimas, y en especial las comunidades directamente afectadas.

En ese sentido las restauraciones para los delitos de violencia sexual, debe contar con la voz y propuesta de las mujeres víctimas, reiteramos que es imprescindible la autonomía de las diferentes ramas de la JEP, la Comisión de la Verdad, los tribunales especiales de paz incluyendo la Secretaría Ejecutiva, así como lo relacionado con la Unidad de Búsqueda de Desaparecidos y Desaparecidas y las Reparaciones deben de tener suficientes facultades para el desarrollo de estas.

También ratificamos la aditiva aprobada por la Cámara, ratificada e impulsada por las mujeres representantes a la Cámara que dice que “el sistema integral tendrá un enfoque diferencial, género que corresponde a las características particulares de la victimización de cada territorio y cada población y, en especial, a la protección, hay atención proletaria de las mujeres, los niños y las niñas víctimas del conflicto armado, la conformación de todos estos componentes en el sistema integral debe tener en cuenta la participación equitativa entre hombres y mujeres”.

Nosotras impulsamos que sea paritaria como lo dijo Linda, este punto no puede convertirse en una retórica, es una obligación constitucional del Estado y los Tratados Internacionales que ha firmado además, las mujeres aportaremos a los diferentes mecanismos de la JEP, pues tenemos metodologías probadas de experiencias para lograr que las mujeres sean las principales protagonistas en el desarrollo de las jurisdicciones.

Esta hará la diferencia mostrará el avance en esta materia para el país en el mundo, también proponemos que haya una referencia explícita a los grupos étnicos lo que es un elemento que puede reglamentar en falta de aplicación del enfoque excepcional en favor de las mujeres afrodescendientes, indígenas y ROM.

Para lo anterior debe tenerse en cuenta en todo el sistema integral los procesos organizativos y territoriales de las mujeres existentes y los aportes que tiene, no se parte de cero para poder demostrar en el sistema que las mujeres víctimas y las organizaciones de mujeres serán protagonistas de la convivencia y la reconciliación del país.

Muchas gracias,

La Presidencia ofrece el uso de la palabra a la doctora Soraya Gutiérrez Argüello, Colectivo de Abogados José Alvear Restrepo:

Buenas tardes, un saludo respetuoso a la Comisión Primera, esta intervención la hago a nombre del Colectivo de Abogados José Alvear Restrepo y a nombre del movimiento de víctimas de crímenes de Estado, debido a los límites del tiempo voy a referirme a tres temas, uno a la necesidad de que la implementación normativa del acuerdo debe cumplir y ser respetuosa con el principio de buena fe, con el principio de bilateralidad y con el principio de autenticidad que fue acordado por las partes y que está en el marco del acuerdo final.

En ese sentido solicitamos que frente al punto uno artículo transitorio 1°, en relación con la incorporación del sistema integral de verdad, justicia y reparación se incluya dentro de este artículo que este sistema tendrá un enfoque diferencial y de género, en relación con el artículo transitorio 2°, comisiones de restablecimiento de la verdad, consideramos que es importante que se incluya el plazo de funcionamiento de la Comisión, así como se hace en la jurisdicción especial para la paz.

Es decir, los tres años que podrán ser prorrogables si de ser necesario y este tiempo debe ser independiente del tiempo que se requiera para la preparación, para el alistamiento de lo que es la Comisión de la Verdad, igualmente si bien entendemos que la Comisión de la Verdad no tiene funciones judiciales o disciplinarias y debe constituir un complemento para la administración de justicia y, en general, para la jurisdicción especial para la paz.

Por tanto, creemos que sí se debe incorporar que sus informes interinos que enrosca la Comisión y su informe final deben ser entregados a los entes de control y también deben ser entregados a la jurisdicción especial para la paz como una contribución al esclarecimiento de violaciones graves a los Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario y asimismo conforme a los principios internacionales que guían y establecen el tema de la Comisión de la Verdad.

En relación con el mecanismo extrajudicial de la búsqueda de personas desaparecidas también es necesario que se establezca que la Comisión de Esclarecimiento de la Verdad podrá tener facultades para recibir y enviar la información sobre el paradero de las víctimas personas dadas por desaparecidas que reciba de esa unidad.

Y en virtud de la centralidad de las víctimas se deberá establecer que la Comisión deberá diseñar un mecanismo para garantizar la participación efectiva de las víctimas y de las organizaciones que la acompañan. Y finalmente, solicitamos que en este mismo artículo se incorpore lo que dice el acuerdo en relación con el acceso a archivos, es decir, que el Gobierno nacional se compromete a facilitar la consulta de la información que requiera para el cumplimiento de sus funciones.

En el punto sobre unidad de búsqueda de personas desaparecidas consideramos que sí es importante lo que quienes me antecedieron y señalaron que es necesario que este tenga una independencia como la capacidad para finalmente cumplir con su función de búsqueda y entregar personas por desaparecidas y que se incluya que estas personas dadas por desaparecidas debe incluir personas desaparecidas forzosamente y que vincula la responsabilidad de agentes del Estado.

Finalmente, en relación con la JEP, reconocemos los avances que hubo en esta ponencia que va a ser debatida en Senado en el sentido de la participación de las víctimas y que quienes serán sancionadas no puedan ocupar o hacer parte de organismos de seguridad del Estado, sin embargo, para nosotros subsisten varias preocupaciones, uno el tema que tiene que ver con el tema de competencias sobre terceros, consideramos que en ese artículo 16 se establece claramente que para acceder al tratamiento especial de la JEP, los terceros deben cumplir con verdad, justicia, reconocimiento de responsabilidad, responsabilidad y garantías de no repetición.

Por tanto, que se excluya de ese artículo que frente a investigaciones que involucran la responsabilidad de terceros digamos se establezca que haya reserva, nosotros solicitamos que se elimine esa reserva que se quiere imponer frente a la responsabilidad o investigaciones que involucran a terceros.

En relación con el punto sobre agentes del Estado, que si bien el acuerdo establece el tratamiento penal diferenciado, simétrico, simultáneo y liberado nosotros

consideramos que precisamente este tratamiento simétrico y diferenciado no puede llevar a que se busque introducirles un tratamiento de privilegios inequitativos en su obligación de rendir cuentas a las víctimas y desequilibrado con el trato que se hará frente a los demás sujetos que se someten al sistema en lo referente al marco legal aplicable, los criterios de responsabilidad de los mandos implicados y mucho más favorable para los agentes estatales en cuanto a la obligación de reparar a las víctimas y consideraciones mucho más favorables en cuanto a las sanciones aplicables y sus consecuencias y beneficios injustificables.

En ese sentido insistimos en que la exclusión injustificada de la acción de repetición y de la reparación monetaria que se predica en agentes estatales sea eliminada, igualmente insistimos que se vincule el tema del artículo 28 Estatuto de Roma y la responsabilidad de los agentes de mando, en ese sentido que se incluya en este artículo el tema del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Penal Internacional en el sentido del principio de igualdad que tanto pregona el fiscal en esta sesión.

Y finalmente, que se garantice efectivamente la participación de las víctimas, es decir, participación significativa no como meros intervinientes sino participación para aportar pruebas para ser oídas en un foro público y para presentar recursos, entre otros, esa participación también implica en que sean invitadas especialmente las víctimas de crímenes de Estado dentro de los debates de la implementación normativa del acuerdo.

Dar voz a las víctimas, todas las víctimas deben estar en el debate y especialmente las víctimas de crímenes de Estado, muchísimas gracias.

La Presidencia ofrece el uso de la palabra al doctor Alberto Yepes Palacio - Observatorio de Derechos Humanos:

Muchas gracias señor Presidente, señores Senadores, en primer lugar, me parece muy importante que se pueda aprobar rápidamente este acto legislativo que espera darle piso constitucional al Sistema Integral de Verdad Justicia y Reparación.

En segundo lugar queremos mencionar que a nuestro modo de ver la Coordinación Europa- Colombia Estados Unidos una red que reúne 270 organizaciones de Derechos Humanos de algunas falencias, algunas asimetrías y desequilibrios que pudieran mejorar el texto del acto legislativo.

Estas asimetrías básicamente se hacen a favor de la fuerza pública creando una situación en la cual los derechos de las víctimas no se garantizan en igual medida que con otros actores, se generan desequilibrios que también vulneran principios básicos del Derecho Internacional y crea una situación de inseguridad jurídica para los miembros de la fuerza pública.

Menciono rápidamente, la primera tiene que ver con el marco legal que cabe, que en general entre todos los actores se proyecta el derecho interinstitucional público pero en el caso de la fuerza pública en primer lugar se consagra que se tengan que tener en cuenta las reglas operacionales vigentes al momento de la comisión del hecho.

Para nosotros estas normas de derecho operacional no han sido avaladas por ninguna autoridad, ninguna instancia autorizada, aplicación o liquidación del De-

recho Internacional público, su compatibilidad con el Derecho Internacional Humanitario es bastante cuestionable, se basa en principios como el blanco legítimo, los daños colaterales, la vinculación de civiles y operaciones militares, o la institución de la reconversión por bajas.

Y esto en general ha conducido a prácticas sistemáticas y generalizadas de vulneración de Derechos Humanos que ha sido constatada nacional e internacionalmente, en este sentido las normas operacionales o manuales operacionales no pueden calificarse de derecho vinculante en el orden interno y, por lo tanto, mal puede pensarse para juzgar la conducta de miembros de la fuerza pública.

Este derecho operacional además está inscrito en manuales, y directivos de instrucciones de operaciones contrainsurgentes que sustenta la doctrina de la seguridad nacional, gran parte de ellos de carácter secreto y ultrasecreto de su desclasificación ha sido negada inclusive por órdenes de autoridades judiciales alegando o con el argumento de que están todavía vigentes.

Recordemos que los falsos positivos se bajaron en gran parte en una directiva operacional que es la Directiva 029 que establecía incentivos de bajas o recompensas que hacen parte de este hecho operacional, en segundo lugar creemos que para los miembros de la fuerza pública se omitió mencionar el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y se omitió también el Derecho Internacional público dentro del marco legal para valorar la conducta de los miembros de la fuerza pública.

Estas normas están establecidas para los otros actores pero se omitió tanto en Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Derecho Internacional público en la valoración de que las conductas de la fuerza pública y en el marco legal aplicable a ellos, esto debe corregirse y debe suprimirse.

También en cuanto al derecho penal aplicable a los miembros de la fuerza pública, tiene una simetría con los otros actores, en tanto al derecho penal se plantea de manera íntegra para los demás actores con la fuerza pública se hace la salvedad que es el derecho aplicable al momento de los hechos, esta expresión no está contenida para los demás actores y eso implica que las normas que fueron tardíamente tipificadas o eficientemente tipificadas como los delitos de lesa humanidad, el genocidio, los delitos de desaparición forzada que apenas vinieron a tipificarse en el año 2000, pudieran entonces no ser aplicables con estos criterios para la fuerza pública.

En cuarto lugar en cuanto a la aplicación del Derecho Internacional Humanitario también se establece una salvedad para los miembros de la fuerza pública, y se preparan los miembros de la fuerza pública, el Derecho Internacional aplicable se aplica en su faceta de ley especial que esta disposición contenida para los mismos miembros y esto hace que si solamente se toma el Derecho Internacional Humanitario como ley especial para los miembros de la fuerza pública querría decir que solamente se aplicarían aquellas circunstancias muy excepcionales en las que el Derecho Internacional Humanitario se aplica como ley especial, es decir, cuando es difícil aplicar el Derecho Internacional Humanitario.

Nosotros entonces proponemos que se consagra expresamente el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional público dentro del marco legal para valorar la conducta de la fuerza pública, que se suprima la mención de ley especial al Derecho Internacional Humanitario, la aplicación del marco para la fuerza pública y que se suprima también que la aplicación del derecho penal para los agentes del Estado será el derecho penal aplicable al momento de los hechos.

Porque digamos que mencioné qué normas tardíamente aplicables, entonces no tendrían la posibilidad de las víctimas de acudir a eso, en quinto lugar es importante mencionar que en el caso de los agentes de la fuerza pública se precisa una concesión de beneficios en ámbitos que no deberían ser concedidos en el ámbito de justicia transicional.

Es decir, para los agentes de la fuerza pública se plantean beneficios cuando los delitos se hayan cometido con ánimo de enriquecimiento personal indebido, esto no está concebido para los otros actores mientras a los agentes de la guerrilla para la amnistía se pide que los delitos políticos serán ejecutados sin ánimo de lucro personal o que los delitos conexos sean aquellos que no fueron cometidos con ánimo de lucro personal o como beneficio propio el tercero en el caso de los agentes de la fuerza pública si se plantean beneficios cuando los delitos han sido cometidos con el ánimo de enriquecimiento personal indebido.

Esto que está mencionado en el caso de los agentes de la fuerza pública creemos que debe también suprimirse, un aspecto tiene que ver con el hecho de la duración de la pena que es diferencial y asimétrica con respecto a los otros agentes, en el caso de los agentes de la fuerza pública se plantea expresamente que los agentes de la fuerza pública en las penas ordinarias que por sí son ya reducidas de cinco a ocho años se plantea que se podrán obtener redenciones, subrogados penales, o beneficios adicionales en la privación de la libertad a través de la capacitación, trabajo o estudio durante el tiempo que permanezca privado de la libertad.

Es decir, la pena de cinco años podría reducirse a dos en el caso de los agentes estatales, pero se mantendría intacta para particulares y para miembros de la guerrilla, creo que esto debe también suprimirse, finalmente otro aspecto tiene que ver con la reparación a las víctimas, se plantea expresamente que los agentes del Estado para ellos se excluye la exclusión de acciones de repeticiones, llamamiento en garantía y que la única reparación posible para agentes del Estado sería la de reparaciones no monetarias, esto no debe suprimirse.

Y finalmente con el principio de responsabilidad del mando recordemos que no solamente lo que está contenido en el artículo 28...

La Presidencia interviene para un punto de orden:

Muchas gracias, doctor, muchas gracias a todos los participantes a esta audiencia pública y se le agradece a todos los que concurrieron a ella y participaron.

La Secretaría informa que no hay más inscritos presentes.

De conformidad con la Ley 5ª de 1992, se publican los documentos radicados en la Secretaría de la Comi-

sión Primera del Honorable Senado de la República y se envía copia a los ponentes.

Las ponencias radicadas son las siguientes:

– Ángel Alirio Moreno Matéus

AUDIENCIA PÚBLICA COMISIÓN PRIMERA DE SENADO PROYECTO DE ACTO LEGISLATIVO 002 DE 2016 CÁMARA, Febrero 9 de 2017 HORA 10.00 A.M.

Participante: ANGEL ALIRIO MORENO MATEUS*

Se discute por estos días en el Congreso de la República el proyecto de Acto Legislativo que le da vida constitucional a la Jurisdicción Especial de Paz, otorgándole régimen legal propio, autonomía administrativa y presupuestal y con funciones de administración de justicia autónoma; y aunque transitoria, con capacidad de conocer de manera preferente sobre todas las jurisdicciones con exclusividad absoluta de las conductas cometidas por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado y por quienes participaron en el mismo.

El texto del proyecto contempla entre otras, una modificación a la propuesta inicial contenida en el que fue sometido a consideración de los colombianos en el plebiscito de octubre de 2016: "Será la Corte Suprema de Justicia, la única competente para revisar las sentencias que haya proferido", pretendiendo dejar claro, ahora, que "únicamente para los combatientes que hubieran sido condenados, podrá solicitarse la revisión de las sentencias ante la Jurisdicción Especial de Paz", definiendo como combatiente, única y exclusivamente a los miembros de la Fuerza Pública y a los miembros de las Farc.

Sin embargo el proyecto que está orientado a buscar la verdad, la justicia, la reparación y la no repetición, pero se olvida de tajo, de lo establecido en el punto 3º del acuerdo general para el fin del conflicto y la búsqueda de una paz estable y duradera y en especial el sub punto 7º que determina que "se esclarecerá, entre otros, el fenómeno del paramilitarismo". Podría especularse, decirse –ojala no sea así- que pareciera ser, que ya no existe interés en el Estado por cumplir el punto que tiene que ver con la atención a todas las víctimas del conflicto, puesto que son ellas las primeras interesadas en desmadejar los tejidos del paramilitarismo y su entraña, que incluso, llevó al fenómeno, a sostener y mantener hilos de poder público.

Colombia ha vivido una confrontación histórica liderada por un establecimiento fantasma. Ese fantasma se ha mantenido allí desde los años 50. El conflicto degeneró después de las negociaciones de las FARC con el gobierno del ex presidente Belisario Betancur, y el Estado, pretendiendo combatir la insurgencia, a la que le había otorgado personalidad jurídica e instrumento electoral, rayó en prácticas no adecuadas. La perversidad del Estado permitió prácticas atroces contra la insurgencia y fue política pública "secreta" que todos los que pensaran distinto al régimen imperante, fueran aniquilados. Esa práctica antidemocrática, debe formar parte del pasado. Pero para alcanzarlo, nada más necesario que la búsqueda de la verdad. Hubo regiones del suelo colombiano en donde la insurgencia fue derrotada por una alianza entre el Estado (Fuerza Pública) y el Para-Estado (Paramilitares), para luego el Estado ser suplantado por los paramilitares, desmovilizados luego en el gobierno del ex presidente Álvaro Uribe Vélez.

Muchos hoy, ex servidores públicos, agentes públicos –en representación del Estado- hicieron alianzas con paramilitares, alianzas, que en procura de la verdad deben ser examinadas y valoradas en una instancia como la Jurisdicción Especial de Paz. Colombia no debe permitir, que se excluya y se evite la apertura del debate del paramilitarismo y la parapoltica, observando las circunstancias que motivaron las relaciones entre esos grupos y los ex servidores públicos. Se debe visibilizar y determinar, si los políticos establecieron relaciones y se reunieron con los paramilitares por un estado de necesidad, puesto que ellos, los paramilitares habían suplantado al Estado, eran el Estado. Segundo, si aceptaron esas relaciones por coacción, porque los obligaron con el poder de las armas y el temor de la muerte y la pérdida de sus propiedades y del poder económico regional. Y tercero, mirar si lo hicieron por voluntad y por causa, es decir se compartían un ideario contrainsurgente.

TEXTO DEFINITIVO APROBADO EN SESIÓN PLENARIA AL PROYECTO DE ACTO LEGISLATIVO 002 DE 2016 CÁMARA.

SOBRE LA REVISIÓN DE SENTENCIAS Y PROVIDENCIAS

El texto aprobado en plenaria en Cámara dice:

**CAPÍTULO VI
PARTICIPACIÓN EN POLÍTICA**

Artículo transitorio 19. Participación en política. La imposición de cualquier sanción en la JEP no inhabilitará para la participación política ni limitará el ejercicio de ningún derecho, activo o pasivo, de participación política.

Parágrafo 1º. Respecto a aquellas personas que pertenezcan a organizaciones rebeldes que hayan firmado un acuerdo de paz con el Gobierno, a efectos de reincorporación, quedarán en efecto suspensivo las condenas derivadas de delitos competencia del Tribunal para la Paz impuestas por la justicia ordinaria o disciplinaria, hasta que estas condenas hayan sido tratadas por la Jurisdicción Especial para la Paz para lo de su competencia.

CONSIDERACIONES SOBRE LA PARTICIPACION EN POLÍTICA

El inciso primero del artículo transitorio 19, excluye de manera discriminatoria a todas aquellas personas que en su condición de servidores públicos, así como a terceros no combatientes, que fueron condenados por delitos cometidos por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado por la justicia ordinaria antes de la entrada en vigencia de la Jurisdicción Especial para la Paz JEP.

Para corregir dicha inequidad se propone adicionar el inciso primero para permitir que cualquier persona que con ocasión del servicio público y/o función pública haya sido condenada por la justicia ordinaria por delitos cometidos por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado, podrá solicitar de la JEP la renuncia a la persecución penal, o la dosificación de la pena para los casos de los delitos de lesa humanidad, violación al derecho internacional humanitario y a los derechos humanos.

La proposición quedaría así:

PROPOSICIÓN:

Adiciónese al inciso primero del artículo transitorio 17 del Proyecto de Acto Legislativo número 02 de 2016 Cámara, ACUMULADO con Proyecto de Acto Legislativo número 03 de 2016 Cámara, el cual quedará así:

CAPITULO VI. PARTICIPACION EN POLITICA

ARTÍCULO TRANSITORIO 17: Participación Política. La imposición de cualquier sanción en la JEP no inhabilitará para la participación política ni limitará el ejercicio de ningún derecho, activo o pasivo, de participación política. Igualmente las decisiones que recaigan sobre condenas impuestas con anterioridad a personas con ocasión del servicio público y/o la función pública

FRENTE A LAS PROHIBICIONES DEL ARTÍCULO 122 C.P.

El texto aprobado en plenaria en Cámara dice:

Artículo 2º. Agréguese un parágrafo al artículo 122 de la Constitución Política:

Parágrafo. Los miembros de los grupos armados organizados al margen de la ley condenados por delitos cometidos por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado, que hayan suscrito un acuerdo de paz con el Gobierno o se hayan desmovilizado individualmente, siempre que hayan dejado las armas, se hayan acogido al marco de justicia transicional aplicable en cada caso, entre estos la Jurisdicción Especial para la Paz en los términos de este acto legislativo y no hayan sido condenados por delitos dolosos posteriores al acuerdo de paz o a su desmovilización, estarán habilitados para ser designados como empleados públicos o trabajadores oficiales cuando no estén efectivamente privados de su libertad, bien sea de manera preventiva o en cumplimiento de la sanción que les haya sido impuesta y para celebrar personalmente, o por interpuesta persona,

contratos con el Estado. Las personas a las que se refiere el presente artículo no quedarán inhabilitadas para el ejercicio de una profesión, arte u oficio.

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

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

CONSIDERACIONES SOBRE LAS PROHIBICIONES DEL ARTICULO 122 CN

El citado parágrafo discrimina en forma odiosa, manteniéndoles las inhabilidades y prohibiciones de los incisos 5º y 6º del artículo constitucional 122, a los servidores públicos y terceros no combatientes condenados por delitos cometidos por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado, con los miembros de las organizaciones armadas al margen de la ley que hayan sido condenados por delitos cometidos por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado que hayan suscrito un acuerdo de paz con el Gobierno o se hayan desmovilizado individualmente, a quienes sí se les levanta la prohibición de ser designados en el servicio público, como funcionarios públicos y trabajadores oficiales, permitiéndoles además, celebrar personalmente, o por interpuesta persona, contratos con el Estado. Este beneficio se le extendió también a los miembros de la fuerza pública. Si bien no se les otorgan derechos de elegibilidad, a los servidores públicos de elección no se

les extiende ni siquiera la posibilidad de ser designados como funcionarios públicos, ni trabajadores oficiales, ni celebrar personalmente, o por interpuesta persona, contratos con el Estado, sin tener en cuenta que sus condenas tienen origen en delitos cometidos por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado.

Es por ello, que con fundamento en el derecho a la igualdad en éste caso específico, se hace necesario extender dicha disposición en favor de todos los agentes de Estado, servidores públicos y terceros que hayan sido condenados por delitos cometidos por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado, con los miembros de las organizaciones armadas al margen de la ley que hayan sido condenados por delitos cometidos por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado.

La proposición quedaría así:

PROPOSICIÓN:

Adiciónese al parágrafo del artículo 2º del proyecto de Acto legislativo 02 de 2016 Cámara, acumulado con Proyecto de Acto Legislativo número 03 de 2016 Cámara, el cual quedará así:

Así mismo, ésta disposición se aplicará a todos los Agentes de Estado, Servidores Públicos y terceros no combatientes que hayan sido condenados por delitos cometidos por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado.

*Ex Presidente Nacional Opción Ciudadana, Abogado, Especialista Gerencia Publica, Especialista en Gerencia de Empresas, Magister Derecho, Docente Universitario, Periodista, Columnista- Ex diputado del Departamento de Santander.

– Doctor Jorge Octavio Ramírez Ramírez

Intervención ante el Congreso de la República sobre la Jurisdicción Especial de Paz

Buenas días, señoras y señores Senadores:

Quiero agradecer la invitación a esta audiencia pública, para exponerles las observaciones y sugerencias que el Consejo de Estado tiene en relación con el proyecto de acto legislativo 03 de 2016 para la organización de la jurisdicción especial de paz.

Escenarios como este, son propicios para que, en el marco de la colaboración armónica entre los poderes públicos, puedan conocerse las posiciones oficiales de los órganos máximos de la rama jurisdiccional, sobre los proyectos que buscan desarrollar los puntos pactados en el acuerdo de paz.

Todo sobre la premisa fundamental de que buscamos aportar a esa aspiración de paz que anima a todos los colombianos, garantizando los derechos de todos y asegurando la vigencia de la democracia, del Estado social de derecho y de los elementos esenciales de la Constitución Política de Colombia, del orden convencional en derechos humanos y derecho internacional humanitario.

El juez, señores congresistas, contribuye decisivamente con el funcionamiento y preservación de la democracia y por eso, salvo circunstancias excepcionales, como ocurre con la jurisdicción especial de paz + transitoria-, no es conveniente la creación de nuevos órganos jurisdiccionales, en contravía de los elementos esenciales de nuestro Estado, de razones históricas, filosóficas y sistemáticas.

Esta idea, es la que inspira nuestra intervención, dado que un examen integral de la rama jurisdiccional, permite afirmar que ella ha sido, con los defectos que pueda tener y que no dejamos de reconocer, garantía de convivencia y de imparcialidad, tanto la justicia ordinaria, como la JCA, en nuestro caso y en relación con lo que es objeto de esta audiencia, respecto de la responsabilidad del Estado, acorde con los mandatos el constituyente de 1991, en especial en relación con la verdad, la justicia y reparación de todas las víctimas de actuaciones estatales, y por sobre todo de los

afectados con el conflicto armado que pretende superarse con el acuerdo logrado con la insurgencia.

De allí que pueda afirmarse que la JCA, con el Consejo de Estado a la cabeza, es la autoridad judicial en América que más experiencia tiene sobre reparación de víctimas por daños antijurídicos derivados de un conflicto armado, control de convencionalidad y reconstrucción de la verdad en tiempos de conflicto con miras a fijar responsabilidad estatal, sobre la base de estándares internacionales en materia de reparaciones, tarea en la que se destaca la Jurisdicción Contencioso Administrativa al aplicarlos en casos concretos de violaciones de derechos humanos o graves infracciones al DIH, dando así cumplimiento a las obligaciones internacionales del Estado Colombiano, por ser el juez contencioso administrativo la autoridad judicial natural del derecho internacional en materia de responsabilidad estatal¹.

Lo que, además, corrobora la solidez institucional del Estado colombiano en materia de justicia, si se confronta con las experiencias en otros países que han iniciado procesos de transición hacia la paz y/o la democracia.

Como lo anotó la Corte Penal Internacional² y lo tuvo en cuenta la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en Colombia³ se han adelantado investigaciones y juicios contra cientos de integrantes de grupos armados ilegales e integrantes de la fuerza pública que han participado en el conflicto. Así mismo se han dictado innumerables sentencias, consolidando un amplio desarrollo jurisprudencial sobre la responsabilidad del Estado, la verdad como derecho de las víctimas y el principio de la reparación integral más allá de la mera indemnización.

Por lo anterior, esta intervención tiene como objetivo destacar la JCA, como juez protector de las víctimas, a fin de que se mantenga a la misma como garante de esas pautas o estándares convencionales y jurisprudenciales, como que ello fortalece los propósitos de la JEP a través del aporte

podemos hacer en materia VJR y garantías de no repetición. Mi intervención gira entorno a tres asuntos fundamentales:

- (i) Relacionados con el propio sistema de justicia transicional JEP
- (ii) En relación con la Rama Judicial
- (iii) Específicamente frente a la JCA –

En lo que respecta al sistema de justicia transicional JEP, nos permitimos hacer los siguientes comentarios:

1. Sugerimos que se establezca con claridad dónde se ubica en la estructura del Estado colombiano esta nueva Jurisdicción Especial para la Paz – JEP, componente de justicia del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición – SIVJRN, teniendo en cuenta que se le otorga la facultad de administrar justicia de manera transitoria, autónoma y preferente.

En nuestro criterio, la JEP debería hacer parte de la Rama Judicial. Si ella, la JEP, es un tribunal de orden interno, para preservar el equilibrio de poderes públicos y la estructura del Estado, consagrada en la Constitución del 91, no puede quedar como una rueda suelta para todos los efectos constitucionales y legales.

2. Dado su carácter transitorio y excepcional, esta jurisdicción especial, llamada a conocer de las conductas por causa, con ocasión y en relación directa o indirecta con el conflicto armado, con las consecuencias que puedan derivarse de ello, pero manteniendo la competencia que históricamente ha tenido y tiene la JCA respecto del control de legalidad de las actuaciones estatales y la declaratoria de responsabilidad del Estado por daños antijurídicos causados.

La razón de ser de esta justicia especial –la JEP– tiene sentido respecto de la conducta personal de los miembros de las fuerzas involucradas en el conflicto, pero como justicia excepcional y transitoria no puede sustituir al juez contencioso, que juzga la responsabilidad de Estado, esto es al juez permanente, no solo por razones jurídicas o de conveniencia sino de tipo constitucional y de derecho internacional.

Todo lo anterior partiendo de la premisa fundamental que la justicia transicional es para el juzgamiento de personas y no del Estado.

3. La independencia, imparcialidad y autonomía, como lo proclaman los principios básicos relativos a la independencia de la judicatura adoptados en 1985 por la ONU, son elementos característicos y esenciales de un juez.

Tales principios deber regir la elección y nombramiento de los magistrados que integraran la JEP. De allí que se sugiera la determinación de unas reglas o criterios mínimos incluyendo la perspectiva de género. Que se haga una convocatoria pública sujeta a un cronograma, aplicación del debido proceso, publicidad de las actuaciones, posibilidad de presentar observaciones por parte de la sociedad civil; que la selección responda a la trayectoria, experiencia profesional y formación académica, entre otros, para asegurar la idoneidad de los seleccionados. Más cuando no están sometidos al régimen carrera judicial (Artículo transitorio 6, inciso 6).

Sugerimos que también, sin desconocer la relación de jerarquía propia de un órgano acusador, se sigan los mismos principios ya mencionados para la elección de los 16 fiscales que compondrán la Unidad de Investigación y Acusación los cuales serán nombrados y posesionados por el Director de la misma Unidad.

4. Dada la división del trabajo entre las diferentes salas y dependencias de la JEP, sugerimos por razones de eficacia, eficiencia y economía, que su funcionamiento y puesta en marcha sea progresivo, en la medida de las necesidades. Por ejemplo la Sección de apelación no entrará a ejercer labores de forma inmediata a diferencia de la Sala de Amnistías e Indultos o la Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas.

5. Atendiendo a razones de celeridad y economía, se puede ganar tiempo con una reglamentación procesal previa de la JEP mediante ley, para evitar el desgaste de jueces y fiscales quienes una vez nombrados se puedan concentrar en sus funciones de naturaleza judicial. Además solo resulta democrático y participativo si lo hace el Congreso, así sea por fast track, con el debido seguimiento público.

Aquí cabe recordar el principio de reserva de ley y el derecho al debido proceso consagrados en el orden interno en nuestra carta, y en el orden internacional Convención Americana sobre Derechos Humanos: fundamentalmente.

¹ Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. *Devenciones relevantes de responsabilidad del Estado sobre graves violaciones a los derechos humanos e infracciones al Derecho Internacional Humanitario*. Febrero de 2015. Bogotá, página 4.

² Corte Penal Internacional, Oficina del Fiscal. *Situación en Colombia. Reporte intermedio*, noviembre de 2012.

³ Comisión Interamericana de Derechos Humanos Verdad, justicia y reparación. *Cuarto informe sobre la situación de derechos humanos en Colombia*, 2013.

En lo que tiene que ver son los asuntos relacionados con el Rama Judicial:

1. Nos parece que la inclusión y reglamentación de la acción de tutela contra acciones u omisiones de la JEP, permite evitar los llamados "choques de trenes", que pueden agudizarse si se crean otros organismos jurisdiccionales por fuera del modelo constitucional que existe hoy en día.- mecanismo que puede hacerse extensivo a las otras cortes-.

En nuestro criterio deben precisarse los presupuestos de procedencia de la tutela contra las decisiones de la JEP -pueden ser los de la Corte Constitucional- y fijarse unas pautas previas y objetivas para la selección de las tutelas del SIVJRNR, selección que debe hacerse en audiencia pública.

Finalmente presentaremos los aspectos más relevantes desde la perspectiva de la JCA:

1. El constituyente primario del 1991, asignó a la JCA la reparación de los daños causados por actuaciones institucionales y la reparación integral de las víctimas, tarea que viene cumpliendo esta jurisdicción desde antes de 1991 y que armoniza con los deberes internacionales asumidos por el Estado colombiano, dentro del sub sistema americano de derechos humanos y del global de derecho internacional humanitario. Por eso como hemos dicho que debe preservarse la competencia de la JCA.

2. También debe precisarse la extinción de la acción de repetición y el llamamiento en garantía con fines de repetición contra agentes del Estado. Permitir que del texto pueda colegirse que esta sería una regla general puede conducir a vicios de inconstitucionalidad, al eliminar la posibilidad de repetir contra los funcionarios públicos- sustituiría un principio básico: el artículo 90 de la Constitución-, más cuando la repetición, como que fija la responsabilidad del agente estatal, es determinante para el esclarecimiento de la verdad y la preservación del principio de reparación integral.

3. Se debe dejar claro la incidencia y efectos que tendría la absolución o condena de agentes del Estado en los casos objeto de juzgamiento en la Jurisdicción de lo Contencioso en los Administrativo, garantizando en todo caso la inmutabilidad e independencia de las sentencias de la JCA al desligar la responsabilidad del Estado de la de sus agentes.

Hoy en día se considera que esas decisiones de carácter penal no tienen carácter vinculante para efectos de responsabilidad estatal dado que la JCA

examina la responsabilidad institucional y no la personal penal, del agente estatal, tesis que ha permitido realizar los principios de verdad, justicia y reparación integral de las víctimas y que creemos debe mantenerse y extenderse a la JEP.

4. En aras de establecer en concreto cuales son los casos que la JCA que tienen relación con hechos del conflicto y que pueden influir en las decisiones de la JEP para efectos de verdad justicia y reparación se propone que se apoye la realización de un inventario detallado de los procesos del Consejo de Estado donde se establezca la causa petendi, el régimen de imputación, partes involucradas, fechas de los hechos y si tiene relación directa o indirecta con el conflicto.

5. Vale la pena resaltar que el enfoque de género debe ser transversal en la implementación de la justicia transicional, para que la verdad confiera a lo femenino y a la mujer violentada el protagonismo en orden a hacer visible los que sucedió con la participación activa o pasiva en el conflicto; facilitándole el acceso a la justicia; participando en la escogencia de los miembros de la JEP; usando enfoques diferenciales en la reparación integral y finalmente la única garantía de no repetición consistirá en que reivindicar la violencia histórica contra las mujeres para así reconocer sus aportes a la sociedad como imprescindibles para la construcción de paz.

6. En relación con el artículo 17 del proyecto, que fija unas pautas para la reparación de los daños causados, creemos que tal como está atenta contra el derecho internacional y los principios convencionales en tanto no permite la reparación integral del daño teniendo en cuenta las circunstancias particulares, sino que lo limita a "la equidad en la distribución de los recursos disponibles".

Esa conquista de las víctimas, que armoniza con los propósitos del SIVJRNR y de la JEP, debe mantenerse para bien del país y el cumplimiento de los compromisos contraídos por el gobierno en el marco del acuerdo y de los tratados internacionales y del fin último que es lograr una paz duradera y estable.

Cualquier limitación a la reparación integral en nuestro concepto, infringe la Carta Política y el orden convencional aplicable no solo en virtud del artículo 93 de la Constitución Nacional: sino por estipulación explícita del Acuerdo "que para lograrlo, las partes, siempre y en cada momento, se han ceñido al espíritu y alcances (...) de los principios del Derecho

Internacional, del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, del Derecho Internacional Humanitario (Convenios y Protocolos), de lo mandado por el Estatuto de Roma (Derecho Internacional Penal), de los fallos proferidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos relativos a los conflictos y su terminación, y demás sentencias de competencias reconocidas universalmente y pronunciamientos de autoridad relativos a los temas suscritos".

Por eso, cualquier decisión de los poderes públicos, sea constituyente, legislativo, administrativo o judicial que encause el acuerdo final por sendos que contradigan los específicos mandatos convencionales (i) carece de fuerza vinculante, (ii) puede ser objeto de excepción de inconstitucionalidad y (iii) de inaplicación obviamente, conforme con los estándares y parámetros definidos en la jurisprudencia de la CIDH¹

Esto implicaría que la validez del acuerdo final estaría supeditada su concordancia con el ordenamiento convencional, el cual es imperativo y compromete a todas las autoridades y poderes públicos.

Quiero terminar con esta reflexión. A través de la historia, en especial nuestra historia republicana, el juez contencioso administrativo, ha sido y debe seguir siendo, el llamado a defender con mayor amplitud la garantía de igualdad ante la ley de todas las personas.

Durante la existencia de conflicto armado interno en Colombia la Jurisdicción Contencioso Administrativa ha actuado con imparcialidad, autonomía y publicidad, defendiendo la protección activa de los derechos humanos, la aplicación de las reglas del derecho internacional humanitario y de los derechos humanos en el orden interno, contribuyendo al esclarecimiento de la verdad del conflicto, reparando de manera integral los daños causado por los agentes estatales y contribuyendo a la consolidación de un orden justo y a la convivencia pacífica de los ciudadanos.

¹ Corte IDH Caso Almonacid Arellano y otros vs Chile. Sentencia del 26 de septiembre de 2006.

El Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición y la perspectiva de género como herramienta crítica y constructiva para evaluar el impacto de la justicia transicional sobre las mujeres en el pos conflicto

Por lo general, se reconoce que las situaciones de guerra o de conflicto armado afectan de manera distinta a los hombres y a las mujeres. Si eso es cierto y, al respecto existen amplias coincidencias, también lo es que una comprensión realista, que permita superar la situación de conflicto de manera adecuada, pasa por admitir la importancia que reviste que las mujeres tengan un rol protagonista al momento de diseñar y aplicar la justicia transicional.

Mi ponencia intentará mostrar que el escenario de la justicia transicional será integral y, estará mejor iluminado, si se tiene en cuenta la perspectiva de género, de modo que el paso de la situación de guerra hacia la búsqueda de paz se fije en las necesidades propias de las mujeres y, lo que es aún más importante: permita ser conscientes de que, pese a los grandes e innegables avances, todavía subsiste una situación estructural, muy arraigada, de violencia contra las mujeres que, incluso, precede la guerra, se exacerba durante la misma y se mantiene aún después de terminada la situación de conflicto, hasta el punto que las transformaciones que podría ofrecer la justicia transicional, si no se apoyan en una perspectiva que ponga su foco en la violencia de género y, la hagan visible, contribuyen, más bien, a reforzarla, dados los esquemas mentales, culturales e institucionales predominantes.

No obstante, una lectura detenida del Acto Legislativo permite constatar una ausencia clara de la perspectiva de género. Ello no solo desconoce obligaciones internacionales de ineludible cumplimiento por el ordenamiento jurídico colombiano, sino resulta un grave error, pues impide ver que sin las mujeres como protagonistas en la aplicación de los componentes de justicia transicional, la situación de violencia estructural no podrá ser superada.

Valerse de la perspectiva de género permite detectar algunos de los principales problemas a los que se liga la puesta en marcha de los distintos componentes de la justicia transicional y hace factible adoptar correctivos. Da paso a constatar, por ejemplo, que si la **verdad** adquiere un sesgo de género, ello sucede precisamente porque, dada la posición subordinada y, poco relevante, que se confiere a lo femenino, la mujer violentada tiene escaso protagonismo en orden a hacer visible lo sucedido. Pasajera que suele concluir con la imposición de una verdad que, por misógina, dista mucho de serlo. Esto es, la memoria mediada por una visión discriminatoria inclina la balanza hacia

El Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición y la perspectiva de género como herramienta crítica y constructiva para evaluar el impacto de la justicia transicional sobre las mujeres en el pos conflicto

el autor del ilícito consiguiendo una verdad terciada por el ambiente machista y patriarcal hegemónico.

Las mujeres suelen estar sub representadas en las comisiones de la verdad¹. A ese déficit de representación, se añade la ausencia de relevancia que se le confiere a los enfoques diferenciados, tanto como a las políticas afirmativas y, en consecuencia, la inexistencia de mecanismos para implementar una política en la que tenga presencia la verdad vista con ojos de las mujeres víctimas de la violencia que rodea la guerra. Tanto es ello así, que la mayoría de informes sobre la verdad suelen omitir la violencia contra las mujeres o no la recogen con la magnitud que merece y, en ocasiones, si se toma en cuenta, ni siquiera se documenta².

En cuanto al componente **justicia**, subsiste en el imaginario institucional y judicial la idea según la cual debe darse prioridad a la investigación de delitos tales como la desaparición forzada y las ejecuciones extrajudiciales, ubicando en último lugar de prelación delitos relacionados con la violencia sexual contra las mujeres, crimen que, dicho sea de paso, suele circunscribirse únicamente al acto de violación propiamente dicho. Para no hablar de la re victimización a la que suelen verse abocadas las víctimas de violencia sexual, abusos sexuales, prostitución forzada, abortos y embarazos no deseados.

Entre los múltiples obstáculos que enfrentan las mujeres víctimas de los execrables crímenes ya señalados y, otros, producto de su condición de mujer, quizá el mayor tiene que ver con la situación económica que de ordinario las aqueja aunado a las dificultades insalvables para denunciar, ya sea por ausencia estatal, ignorancia y/o miedo al estigma y/o a la retaliación. Brevemente: las mujeres titubean en relación con la posibilidad de elevar denuncia, pues carecen de medios y, además, denunciar significa delatar al victimario. A la escasez de recursos y al miedo por el agresor, quien suele permanecer en la comunidad o suficientemente cerca, se agrega el temor por la pérdida del honor y los consecuentes estigmatización y aislamiento que puede contribuir a la ruptura de lazos familiares y sociales. Lo anterior, sin descontar las trabas de orden burocrático –falta de actuación policial, aceptación social e

¹ Cfr. Ivánzu MENDIA AZKUE, Conferencia transmitida por red el 8 de agosto de 2013 con el título "Justicia Transicional y Políticas Públicas en clave feminista".

² Ibid.

2

El Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición y la perspectiva de género como herramienta crítica y constructiva para evaluar el impacto de la justicia transicional sobre las mujeres en el pos conflicto

institucional de las violencias contra las mujeres; desinterés o desconocimiento en cuestiones de género– y el convencimiento, no extraño, sobre el derecho del hombre a disponer del cuerpo femenino, al margen de las condiciones y aun en contra de su voluntad.

En fin, a las barreras económicas –ausencia de tiempo e interés por carencia de recursos–, psicológicas –miedo, estigma, pérdida de la propia estima– se unen las de orden burocrático e institucional que dificultan o impiden el acceso a la justicia. Además, en la mayoría de las oportunidades, las mujeres se encuentran absolutamente desprotegidas así que, mientras los agentes institucionales y/o de justicia cobran protagonismo, las víctimas mujeres lo pierden, inclusive, sin darse cuenta³.

Por último, en relación con los componentes de **reparación integral** y garantía de no repetición, se presentan también graves problemas, únicamente superables, si se tiene en cuenta la perspectiva de género. De un lado, las políticas de reparación suelen beneficiar, por igual, a todas las víctimas de la guerra, sin reparar en la necesidad de usar enfoques diferenciales y/o políticas afirmativas.

La perspectiva de género permite ver que la reparación debe ser sensible a la situación de desventaja histórica y violencia generalizada contra las mujeres; que deben adoptarse suficientes salvaguardas para proteger a las mujeres de sus agresores, impedir la re victimización y procurar los medios económicos y de solidaridad para que ellas puedan recuperar su autoestima y reintegrarse efectivamente en el tejido social y, si así lo desean, cumplir también un papel activo en la vida comunitaria, institucional y política, para lo cual resulta imprescindible comenzar por el empoderamiento.

No es lo mismo restituir a los hombres sus oportunidades laborales y/o educacionales que restituirselas a las mujeres. Las tasas de inserción laboral y/o escolarización femenina, es muy inferior a la de los hombres, entre otras cosas, porque si no se adoptan medidas afirmativas, que contribuyan a aligerar la carga de las mujeres, cualquier política en ese sentido se quedará escrita en el papel. Debe tenerse presente, que, por lo general, se trata de mujeres cabeza de hogar que han sido desplazadas y tienen que retornar al sitio del

³ Ibid.

3

El Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición y la perspectiva de género como herramienta crítica y constructiva para evaluar el impacto de la justicia transicional sobre las mujeres en el pos conflicto

que fueron desterradas sin recursos suficientes, con baja autoestima y terror por posibles retaliaciones. Estas mujeres deben, en todo caso, velar por su familia ampliada en la que se insertan no solo sus hijos, sino también sus padres y parientes necesitados.

Finalmente, la única **garantía de no repetición** consistirá en reconocer la violencia histórica contra las mujeres, admitir que se trata de una violencia estructural; que no es aislada y puede evitarse y, que ello solo será factible, con el concurso de todas las fuerzas institucionales y sociales. Seguramente, cuando eso quede claro, muy pronto se caerá en cuenta que los valores que aportan las mujeres a la sociedad son imprescindibles para la supervivencia en paz; que su disposición inagotable para el trabajo, su optimismo, su capacidad para anticipar situaciones de riesgo, prevenirlos y/o darles manejo, su talento compondor, su espíritu creativo y dinámico permitirá una coexistencia en la que los conflictos se resuelvan de manera dialógica y no apelando a la fuerza o a la violencia.

4

e. Principios convencionales del Acuerdo Final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera.

131.- El Acuerdo Final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera, no sólo puede ser entendido, interpretado y aplicado en el ordenamiento jurídico interno colombiano en la medida en que de manera efectiva cada uno de las decisiones, acuerdos, protocolos y demás instrumentos desarrollados en este, se comprendan y apliquen en el ordenamiento jurídico conforme a los principios convencionales, y valores propios del derecho internacional consuetudinario a los que se remite en su estructura conceptual. En otras palabras, el margen nacional de apreciación en relación con los desarrollos constitucionales, legales, administrativos y judiciales del Acuerdo Final, está supeditado para su validez al respeto y acatamiento imperativo e ineludible del orden convencional, tal y como se desprende de las remisiones a estos instrumentos internacionales en su preámbulo e introducción, y en los demás Acuerdos firmados.

132.- Esto se concluye sin mayor dificultad de la siguiente relación de mandatos [de optimización] convencionales reconocidos e incorporados de manera específica en el Acuerdo respectivo: (i) sujeción del Acuerdo al principio de la paz como derecho humano universalmente aceptado [principio enunciado: orden pacífico]; (ii) sujeción a los principios del derecho internacional [orden mínimo

¹ COLOMBIA. Acuerdo Final de Paz de 24 de noviembre de 2016, p.2, párrafo 4, en [http://www.abocomisiondeparalopez.gov.co/informacion/Pagina/TODO-lo-que-necesita-saber-sobre-el-proceso-de-paz.aspx]

² Principios de Nuremberg: "Principio I. Cualquier persona que cometa actos que constituyen un crimen bajo las leyes internacionales será responsable y será castigado según lo merezca"; "Principio II. El hecho de que las leyes internas no impongan castigo por un acto que constituya un crimen bajo las leyes internacionales no exime a la persona que cometió el acto de su responsabilidad bajo las leyes internacionales"

"Principio III. El hecho de que una persona que ha cometido un acto que constituye un crimen bajo las leyes internacionales sea Jefe del Estado o un oficial responsable del Gobierno no le exime de la responsabilidad bajo las leyes internacionales"

"Principio IV. El hecho de que una persona actúe bajo los órdenes de su Gobierno o de un superior no le exime de la responsabilidad bajo las leyes internacionales, siempre que se demuestre que tenía posibilidad de actuar de otra forma"

"Principio V. Cualquier persona acusada de un crimen bajo las leyes internacionales tiene el derecho de un juicio justo ante la ley"

"Principio VI. Los crímenes que se enumeran a partir de aquí son castigables como crímenes bajo las leyes internacionales"

(6) *Cuanto de agresión*

(6) *Cuanto de agresión*

convencional); (iii) sujeción a los principios del derecho internacional de los derechos humanos⁵ [garantía o tutela efectiva de derechos]; (iv) sujeción a los principios del derecho internacional humanitario⁶ [Convenios y Protocolos; principio enunciado: reglas de la guerra]; (v) sujeción a lo

(i) La planificación, preparación, iniciación o comienzo de una guerra de agresión, o una guerra que viole los tratados internacionales, acuerdos o promesas;

(ii) La participación en un plan común o conspiración para el cumplimiento de cualquiera de los actos mencionados en (i);

(b) **Crímenes de Guerra:**

Las violaciones de las leyes o costumbres de la guerra que incluyen, pero no están limitadas a, asesinato, trato inhumano o deportación como esclavo o para cualquier otro propósito de la población civil de un territorio ocupado, asesinato o trato inhumano a prisioneros de guerra, a personas sobre el mar, asesinato de rehenes, pillaje de la propiedad pública o privada, destrucción injustificada de ciudades, pueblos o villas, o la devastación no justificada por la necesidad militar;

(c) **Crímenes contra la humanidad:**

Asesinato, exterminio, esclavitud, deportación y cualquier otro acto inhumano contra la población civil, o persecución por motivos religiosos, raciales o políticos, cuando dichos actos o persecuciones se hacen en conexión con cualquier crimen contra la paz o en cualquier crimen de guerra.

"Principio VII. La complejidad en la comisión de un crimen contra la paz, un crimen de guerra o un crimen contra la humanidad y como hecho expuestos en los Principios VI, es un crimen bajo las leyes internacionales"

3 COLOMBIA. Acuerdo Final de Paz de 24 de noviembre de 2016, p.2 párrafo 5, en <http://www.alcacomisionadeparalapaz.gov.co/herramientas/Paginas/ToDo-lo-que-necesita-saber-sobre-el-proceso-de-paz.aspx>.

4 Puede verse ICJ, *Affaire de Nicaragua vs EEUU*, arrêt 1986. "709. *United States participation, even if preparatory or decisive, in the financing, organizing, training, supplying and equipping of the combat, the selection of its military or paramilitary targets, and the planning of the whole of its operation, is still insufficient in itself, on the basis of the evidence in the possession of the Court, for the purposes of attributing to the United States the act committed by the combat in the course of their military or paramilitary operations in Nicaragua. All forms of United States participation mentioned above, and even the general control by the respondent State over a force with a high degree of dependency on it, would not in themselves mean, without further evidence, that the United States directed or enforced the perpetration of the acts contrary to human rights and humanitarian law alleged by the applicant State. Such acts could well be committed by members of the combat without the control of the United States. For this conduct to give rise to legal responsibility of the United States, it would in principle have to be proved that that State had effective control of the military or paramilitary operations in the course of which the alleged violations were committed". ICJ, *Estadillo*, "Artículo 38. 1. La Corte, que función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar: a. las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresas o resoluciones por los Estados litigantes; b. la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho; c. los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas; d. las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las diversas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el Artículo 39".*

5 COLOMBIA. Acuerdo Final de Paz de 24 de noviembre de 2016, p.2 párrafo 5, en <http://www.alcacomisionadeparalapaz.gov.co/herramientas/Paginas/ToDo-lo-que-necesita-saber-sobre-el-proceso-de-paz.aspx>.

6 CORTE PENAL INTERNACIONAL, sentencia de 10 de julio de 2012, caso *Thomas Lubanga Dyilo*, en donde se resalta el principio de complementariedad que le permitió juzgar por crímenes de guerra, de lesa humanidad y de genocidio.

con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia sin que su goce o ejercicio pueda ser objeto de limitación¹⁵ [principio de progresividad¹⁶]; (ix) sujeción al principio de la no taxatividad de los derechos y garantías convencionales y constitucionales "la enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios vigentes no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuran expresamente en ellos"¹⁷ [universalidad de los derechos¹⁸]; (x) sujeción a los tratados y declaraciones internacionales que consagran la igualdad, la no discriminación de las personas y la tolerancia como conductas universales, tanto como principio y como valor¹⁹ [justicia material²⁰]; (xi) sujeción a las normas del derecho internacional consuetudinario que siguen rigiendo las cuestiones relacionadas con derechos fundamentales no mencionados en el Acuerdo Final, incluyendo el mandato imperativo que ordena "en los casos no previstos por el derecho vigente la persona humana quedará bajo la salvaguarda de los principios de humanidad y de la exigencia de la conciencia pública"²¹ [principio pro homine, principio de humanidad y principio de las cogens²²]; y, (xii) sujeción a los mecanismos de acompañamiento, implementación y verificación a estándares internacionales²³ [adecuación institucional y normativa²⁴].

estándares internacionales y los objetivos del proceso de paz. Asimismo, surta a todos los países con afinidad total para la justicia institucional en Colombia, facilitar el acceso expedito a los archivos relevantes que se encuentren en su poder".

15 COLOMBIA. Acuerdo Final de Paz de 24 de noviembre de 2016, p.2 párrafo 6. Sin perjuicio de las obligaciones inherentes al derecho de gentes sobre las que no se opera la ratificación por el estado colombiano.

16 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Caso de la comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tigi vs. Nicaragua, sentencia de 31 de agosto de 2001; caso de los cinco pensionistas vs. Perú, sentencia de 28 de febrero de 2003; Opinión Consultiva OC-18/03, de 17 de septiembre de 2003, "Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados"; caso *Gelman vs. Uruguay*, sentencia de 24 de febrero de 2011, fondo y reparaciones, párrafo 129.

17 COLOMBIA. Acuerdo Final de Paz de 24 de noviembre de 2016, p.2 párrafo 7, en <http://www.alcacomisionadeparalapaz.gov.co/herramientas/Paginas/ToDo-lo-que-necesita-saber-sobre-el-proceso-de-paz.aspx>.

18 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Gelman vs. Uruguay*, sentencia de 24 de febrero de 2011, fondo y reparaciones.

19 COLOMBIA. Acuerdo Final de Paz de 24 de noviembre de 2016, p.2 párrafo 3, en <http://www.alcacomisionadeparalapaz.gov.co/herramientas/Paginas/ToDo-lo-que-necesita-saber-sobre-el-proceso-de-paz.aspx>. Página 3 inciso 3.

20 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Duque vs. Colombia*, sentencia de 26 de febrero de 2016, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, párrafo 80 a 96.

21 COLOMBIA. Acuerdo Final de Paz de 24 de noviembre de 2016, p.4 párrafo 3, en <http://www.alcacomisionadeparalapaz.gov.co/herramientas/Paginas/ToDo-lo-que-necesita-saber-sobre-el-proceso-de-paz.aspx>.

22 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Duque vs. Colombia*, sentencia de 26 de febrero de 2016, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, párrafo 80 a 96.

23 COLOMBIA. Acuerdo Final de Paz de 24 de noviembre de 2016, p.4 párrafo 3, en <http://www.alcacomisionadeparalapaz.gov.co/herramientas/Paginas/ToDo-lo-que-necesita-saber-sobre-el-proceso-de-paz.aspx>. Recepción al derecho de gentes, y reitera el inciso final del preámbulo de la Convención de Viena de 1969. RADBRUCH, Gustav, "Statutory Lawfulness and Super-Statutory Law", *ib. cit.*, pp.1 a 11. ALEXY, Robert, "Una defensa de la fórmula de Radbruch", *ib. cit.*, pp.75 y 76. COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, sentencia de 26 de marzo de 2009, expediente 17994. En esta sentencia hace referencia a la fórmula de Radbruch en la reparación.

24 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Opinión Consultiva OC-6/86, de 9 de mayo de 1986.

mandado por el Estatuto de Roma⁹ [Derecho Penal Internacional; principio enunciado: juez natural, justicia y verdad¹⁰]; (vi) sujeción a los precedentes de los fallos proferidos por la CDH relativos a los conflictos y su terminación¹¹ [recursos efectivos y garantía de protección de los DDHH bajo estándares de verdad, justicia y reparación¹²]; (vii) sujeción a las demás sentencias de organismos internacionales con competencia reconocida, y a los dictámenes e informes de los temas suscitados por los organismos universales aceptados¹³ [interpretación extensiva¹⁴]; (viii) sujeción a la interpretación conforme

7 COLOMBIA. Acuerdo Final de Paz de 24 de noviembre de 2016, p.2 párrafo 5, en <http://www.alcacomisionadeparalapaz.gov.co/herramientas/Paginas/ToDo-lo-que-necesita-saber-sobre-el-proceso-de-paz.aspx>.

8 UN. ITJ. *Opinion and Judgment, Prosecutor v. D[omi]n Tadić*, 7 may 1997, "563. *The particular problem of applying general principles of international law relating to State responsibility for de facto organs or agents in the specific circumstance of rebel forces fighting a seemingly internal conflict against the recognized government of a State, but dependent on the support of a foreign Power in the continuation of that conflict, was considered by the International Court of Justice ("Court") in the Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua (Nicar. v. U.S.) (Reports) [1986] 2 ICJ Rep. 14. That case was concerned ultimately with the responsibility of a State for the breach, inter alia, of rules of international humanitarian law, while the instant case is concerned ultimately with the responsibility of an individual for the breach of such rules. However, in the Nicaragua case, as in the instant case, the Court was also concerned with the intermediate question as to which part of international humanitarian law to apply to the relevant conduct. In determining the legal obligations of the United States towards Nicaragua, including international humanitarian law obligations, the Court effectively concluded that the conflict was of a mixed character". UN. ITJ. *Sentencing Judgment, Prosecutor v. Dinko Tadić*, 14 July 1997.*

9 COLOMBIA. Acuerdo Final de Paz de 24 de noviembre de 2016, p.2 párrafo 5, en <http://www.alcacomisionadeparalapaz.gov.co/herramientas/Paginas/ToDo-lo-que-necesita-saber-sobre-el-proceso-de-paz.aspx>.

10 CORTE PENAL INTERNACIONAL, Sentencia de 23 de mayo de 2014, caso *Kataranga-Ngalyolo Chui*

11 COLOMBIA. Acuerdo Final de Paz de 24 de noviembre de 2016, p.2 párrafo 5, en <http://www.alcacomisionadeparalapaz.gov.co/herramientas/Paginas/ToDo-lo-que-necesita-saber-sobre-el-proceso-de-paz.aspx>. Sin perjuicio de que los demás precedentes del Corpus Iuris Interamericano siguen siendo válidos independientemente del Acuerdo de Paz.

12 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Opinión Consultiva OC-9 de 6 de octubre de 1987, "Las garantías judiciales en período de estado de urgencia"; Opinión Consultiva OC-8 de 30 de enero de 1987, "El habeas corpus en período de suspensión de garantías"; caso *Tin Tin vs. Guatemala*, sentencia de 29 de noviembre de 2008, fondo, reparaciones y costas; caso *Muñoz de El Manzano y Legido Gilaberto vs. El Salvador*, sentencia de 25 de octubre de 2012, fondo, reparaciones y costas; caso *Manzur de Santa Durango vs. Colombia*, sentencia de 30 de noviembre de 2012, excepciones preliminares, fondo y reparaciones.

13 COLOMBIA. Acuerdo Final de Paz de 24 de noviembre de 2016, p.2 párrafo 5, en <http://www.alcacomisionadeparalapaz.gov.co/herramientas/Paginas/ToDo-lo-que-necesita-saber-sobre-el-proceso-de-paz.aspx>. Se entiende que hace referencia a la C.I.J. a los Tribunales de Derechos Humanos, a los Tribunales Especiales como los de Yugoslavia, Sierra Leona.

14 NU. CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, Informe anual del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Informe*, sujeción de los derechos humanos en Colombia, 15 de marzo de 2016, A/HRC/31/46/L2, en http://www.hchr.org/a/hcdhcomentariosinformes/informes/comisionada/informe_anual_2015.pdf. Dentro de sus recomendaciones está la de "analizar, fortalecer y hacer públicos sus sistemas de seguimiento a las recomendaciones de los sistemas internacionales y regionales de derechos humanos, e incluir la participación de la sociedad civil en la evaluación de su implementación [...] Recomendar al Estado proteger de forma inmediata y transparente los archivos de derechos humanos y armonizar el régimen de acceso a la información con los

133. - El anterior marco de principios y valores, configuran el ámbito jurídico de derecho convencional, imperativo, que compromete a todas las autoridades y poderes públicos²⁵, a la adopción de las decisiones de todo orden que sean pertinentes, para interpretar y aplicar el Acuerdo Final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera; en consecuencia los efectos de este planteamiento no son otros que el de admitir una validez del acuerdo única y exclusivamente si se acoge sustancialmente al ordenamiento convencional [lo que se incorpora sur efecto directo e inmediato en el orden jurídico interno], en especial a lo indicado en el numeral anterior, sin desconocer obviamente el sistema jurídico interno del país y el margen nacional de apreciación, los que siempre deberán adecuarse, concordarse e interrelacionarse con la convencionalidad, tal como se explica a lo largo de todo este trabajo 26.

23 COLOMBIA. Acuerdo Final de Paz de 24 de noviembre de 2016, p.9 párrafo 2, en <http://www.alcacomisionadeparalapaz.gov.co/herramientas/Paginas/ToDo-lo-que-necesita-saber-sobre-el-proceso-de-paz.aspx>. NU. Consejo de Seguridad, Resolución 2261 (2016), aprobada por el Consejo de Seguridad en su 7609ª sesión celebrada el 25 de enero de 2016, con lo que decidió "7. *Debe celebrarse una minivuelta posterior que participará en el proceso por un período de 12 meses, como componente internacional y coordinadora del mecanismo multilateral* (La Misión) y que estará encabezada por un representante especial del Secretario general de las Naciones Unidas".

24 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Gelman vs. Uruguay*, sentencia de 24 de febrero de 2011, fondo y reparaciones, párrafo 122; caso *Manzur de El Manzano y Legido Gilaberto vs. El Salvador*, sentencia de 25 de octubre de 2012, fondo, reparaciones y costas, párrafo 369.

25 CONVENCION AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Artículo 7.

26 Cualquier decisión de los poderes públicos, sea constituyente, legislativo, administrativo o judicial que encasque al Acuerdo Final por ser objeto de escrutinio de inconstitucionalidad, y (iii) de aplicación obviamente, conforme se viene haciendo y permitiendo definidos en la jurisprudencia de la CDH. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Almanzur Ardiansky y otros vs. Chile*, sentencia de 26 de septiembre de 2000, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Se remite el capítulo del control de convencionalidad.

Para rueda de prensa sobre Acto Legislativo 01 de 2016

Observaciones generales:

- Debe establecerse con claridad dónde se ubica la JEP en la estructura del Estado colombiano y su lugar debería ser como parte de la Rama Judicial con independencia administrativa y presupuestal.
- Debe fijarse un proceso transparente y meritocrático que atienda a criterios como, una convocatoria pública sujeta a un cronograma, aplicación del debido proceso, publicidad de las actuaciones, posibilidad de presentar observaciones por parte de la sociedad civil, que la selección responda a la trayectoria, experiencia profesional y formación académica, entre otros, que aseguren la idoneidad de los seleccionados para acceder a los cargos de la JEP, ya que estos no están sometidos al régimen carrera judicial.
- Sugerimos que también, sin desconocer la relación de jerarquía propia de un órgano acusador, se sigan los mismo principios ya mencionados para la elección de los 16 fiscales que compondrán la Unidad de Investigación y Acusación los cuales serán nombrados y posesionados por el Director de la misma Unidad (Artículo transitorio 6, inciso 5).
- La experiencia que el país ha tenido en mecanismos de justicia transicional, especialmente con la Ley 975 de 2015, conocida como Ley de Justicia y Paz, supone que hay que estudiar y dejar buenas prácticas y lecciones aprendidas para este nuevo mecanismo en al menos dos sentidos administrativos y judiciales.
- Por razones de eficacia, eficiencia y economía sugerimos que la implementación progresiva a medida que se desarrollan los procesos de

la JEP, por ejemplo la Sección de apelación no entrará a ejercer labores de forma inmediata a diferencia de la Sala de Amnistías e Indultos o la Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas.

- La JEP debe reivindicar en todo caso los principios de la justicia restaurativa, dado que la filosofía del acto legislativo está encaminada al mantenimiento de la justicia retributiva bajo un esquema penal dejando de lado el enfoque basado en las víctimas así el reconocimiento de daños colectivos y reparaciones colectivas.

Para Rama Judicial en General:

- Tutela: Se reconoce la inclusión y reglamentación de la acción de tutela contra acciones u omisiones de la JEP, así mismo se considera acertado el mecanismo de revisión de tutelas el cual debería seguir los criterios establecidos por la dogmática de la Corte Constitucional (Artículo 7, inciso 4).
- Antes de la posesión y puesta en funcionamiento de la JEP se deben definir las reglas sobre procedimiento las cuales deberán quedar claras y aprobadas mediante ley que siga el procedimiento del fast track antes de la entrada en funcionamiento de la JEP en respeto del principio de celeridad y racionalidad, (Artículo transitorio 10).
- Las reglas sobre conflicto de competencias no gozan de imparcialidad puesto que se requiere de la participación de tres miembros del Tribunal y tres miembros de la Corte Constitucional donde la decisión se tomara por mayoría simple y en caso de un empate lo resolverá el presidente del Tribunal Espacial para la Paz. Por lo tanto se propone que esto sea

resuelto únicamente por la Corte Constitucional como jurisdicción independiente e imparcial en concordancia con lo establecido en el acto legislativo 02 de 2015.

• Para la Jurisdicción Contencioso Administrativa:

- Al igual que en el Acuerdo Final, persiste el vacío sobre el tratamiento de la responsabilidad del Estado con coordinación con la JEP, es decir no se aclara en este proyecto de Acto Legislativo que efectos tiene la absolución o condena de agentes del Estado para los casos sub judice en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.
- Es inconveniente que se impida el ejercicio de la acción de repetición y el llamamiento en garantía con fines de repetición contra agentes del estado a los cuales se le aplique la renuncia de la persecución penal, puesto en nada tiene que ver con los fines de la justicia transicional (verdad y reparación) ni con la responsabilidad penal individual que es la única sobre la cual puede fallar la JEP. Así las cosas es inconstitucional eliminar la posibilidad de repetir contra los funcionarios públicos pues sustituiría un principio básico del artículo 90 de la constitución.
- Se debe tener claridad si las tareas de investigación, juzgamiento y sanción que adelantará la JEP incluyen en la narrativa de verdad y la declaratoria de responsabilidad estatal adelantada en procesos de la JCA.
- La JCA es quien ha adelantado procesos de reparación a víctimas con mayor alcance jurisprudencial y cuantitativo durante la existencia del conflicto armado en Colombia. Esta es la jurisdicción experta en el tema de los cuales muchos casos corresponden a hechos cometidos en razón y contexto del conflicto. Sin embargo no se prevé un mecanismo que

permita concatenar las actuaciones de la JCA y el SIVIRNR para estos efectos.

En relación con los comentarios puntuales hechos al proyecto de Acto Legislativo me surgen algunas inquietudes

1. La necesidad de incluir el principio de *justicia prospectiva*, así sea solo la expresión, tal como aparece en el Acuerdo Final, pues creo que es una guía general importante para todo el sistema de justicia que se tiene pensado en la JEP.
2. La pertinencia de que los trabajos de la Comisión de la Verdad (art. 2) y la Unidad de Búsqueda de Desaparecidos (art. 3), sirvan de contexto al trabajo de la JEP. Por ahora están proscritos.
3. Como está redactado, el presidente del Tribunal pareciera ser el magistrado 21 (art. 6).
4. Proceden los acuerdos de cooperación con el Consejo de Estado? (art. 6-5).
5. ¿Habría que precisar que la afirmación cosa juzgada no es óbice para las tutelas en la JEP?
6. ¿Qué quiere decir que "el Secretario Ejecutivo nominará a las personas seleccionadas por el Comité"? (art. 6 inciso final).
7. No es clara la redacción que determina el criterio general de procedencia de la acción de tutela (art. 7-2).
8. Tampoco lo es la conformación de la sala de selección de tutelas (art. 7-4), pues al paso que indica que los magistrados de la Corte son escogidos por sorteo, nada dice de la forma de escogencia de los magistrados de la JEP.
9. Algo semejante ocurre con la Sala Incidental para resolver conflictos de competencia. ¿Serían escogidos por sorteo los magistrados de la Corte? ¿Quiénes escogen los de la JEP serían los magistrados del Tribunal para la Paz o todos los miembros de la JEP –como aparece–? (art. 8).
10. No parece pertinente dejar al reglamento de la JEP la articulación de las decisiones con la jurisdicción especial indígena. Parece un asunto de reserva de ley –así sea fast track–.

11. El artículo 9 parece clave en relación con lo dicho al inicio de estos comentarios. Podría ser el artículo en donde quede claro que hay que dejar a salvo la revisión de sentencias de lo contencioso administrativo.
12. Igualmente clave es el artículo 14, pues allí se indica como principio que "el Estado garantizará el derecho a la reparación a las víctimas". Quizá sea el caso aprovechar allí para aclarar el estatus de lo que ha hecho y hará el Consejo de Estado durante la vigencia de la JEP en materia de reparación integral de víctimas del conflicto armado.

Comentarios al Proyecto de Acto Legislativo No. 003 de 2016 / Cámara

Marta Nubia Velásquez Rico
Consejera de Estado
Sección Tercera

En atención a la pauta impartida por la Presidencia del Consejo de Estado, respecto del análisis sobre el eventual impacto que conlleva el establecimiento de la jurisdicción especial para la paz frente a los procesos de conocimiento de la Sección Tercera, revisado el texto del proyecto de acto legislativo "por medio del cual se crea un título de disposiciones transitorias de la Constitución para la terminación del conflicto armado y la construcción de una paz estable y duradera y se dictan otras disposiciones", no resulta claro que las competencias de la jurisdicción especial para la paz abarquen el conocimiento y decisión de los procesos de responsabilidad patrimonial del Estado que cursan, o deban cursar, ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, relacionados con hechos ocurridos con anterioridad al 1º de diciembre de 2016, por causa, con ocasión y en relación directa o indirecta con el conflicto armado.

Precisamente, el lenguaje utilizado a lo largo del proyecto en comento tiene, en algunos puntos, un enfoque de responsabilidad genérica, que puede abarcar tanto la institucional como la personal, mientras que en otros se presentan elementos que llevan a pensar en una responsabilidad personal en lo penal, e incluso en materia disciplinaria y fiscal. Para ilustrar este aserto se transcribe a continuación el articulado, en donde se resaltan los apartes pertinentes:

"Artículo transitorio 5º. Jurisdicción Especial para la Paz. La Jurisdicción Especial para la Paz (JEP) administrará justicia de manera transitoria y autónoma y conocerá de manera preferente sobre todas las demás jurisdicciones y de forma exclusiva de las conductas cometidas con anterioridad al 1º de diciembre de 2016, por causa, con ocasión y en relación directa o indirecta con el conflicto armado, por quienes participaron en el mismo, en especial respecto a conductas consideradas graves infracciones al Derecho Internacional Humanitario o graves violaciones de los Derechos Humanos. Respecto a los integrantes de organizaciones que suscribieron acuerdos de paz con el Gobierno, el tratamiento especial de justicia se aplicará también respecto a conductas estrechamente vinculadas al proceso de dejación de armas.

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

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

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

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

El reglamento de la JEP Se establecerán los mecanismos de articulación y coordinación con la Jurisdicción Especial Indígena e incluirá la forma y la oportunidad en que las decisiones adoptadas o por adoptar por las autoridades tradicionales correspondientes sobre conductas de competencia de la JEP pasarán a conocimiento de esta".

"Artículo transitorio 9º. Revisión de sentencias. A petición del condenado la JEP podrá revisar las decisiones sancionatorias de la Procuraduría o la Contraloría y las sentencias proferidas por otra

2

jurisdicción por variación de la calificación jurídica conforme al artículo transitorio 5, por aparición de nuevos hechos que no pudieron ser tenidos en cuenta con anterioridad, o cuando surjan pruebas no conocidas o sobrevinientes no conocidas al tiempo de la condena, todo lo anterior por conductas cometidas con ocasión del conflicto y en relación con este, o con la protesta social, siempre que se cumplan las condiciones de Sistema.

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

La Corte Suprema de Justicia será la competente para la revisión de las sentencias que haya proferido. Únicamente para quienes hubieran sido condenados teniendo en cuenta la definición de quienes son combatientes según el Derecho Internacional Humanitario, podrá solicitarse la revisión de las anteriores sentencias ante la Sección de Revisión de la JEP".

"Artículo transitorio 14. Reparación Integral en el Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición. En el marco del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición, el Estado garantizará el derecho a la reparación a las víctimas de graves violaciones a los Derechos Humanos e infracciones al Derecho Internacional Humanitario que hayan sufrido daños, individual o colectivamente con ocasión del conflicto armado. La reparación será garantizada por el Estado de manera integral, adecuada, diferenciada y efectiva priorizando la distribución de las medidas de reparación entre las víctimas teniendo en cuenta el universo de víctimas del conflicto armado y buscando la igualdad en el acceso y la equidad en la distribución de los recursos disponibles, y dando preferencia en la atención a los sujetos de especial protección constitucional.

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

En el caso señalar que en el texto de la exposición de motivos se expresa, de manera puntual, que "El proyecto de acto legislativo propone crear el Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición (en

3

adelante SVJNRD en cumplimiento del punto quinto del Acuerdo Final", de manera que, para entender el contexto que motiva el desarrollo propuesto en el proyecto de acto legislativo, resulta necesario acudir al punto quinto del "Acuerdo Final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera", en donde se contempla, entre otras cosas, lo siguiente:

"En el marco del Sistema Integral, el Gobierno Nacional tomará las medidas necesarias para promover la participación en distintas medidas de reparación que se diseñarán para tal efecto, de agentes del Estado, y otros que participaron de manera directa en el conflicto que hayan causado daños como consecuencia de infracciones graves al Derecho Internacional Humanitario o de violaciones graves y manifiestas a los Derechos Humanos; así como de quienes habiendo participado de manera indirecta en el conflicto puedan haber tenido alguna responsabilidad.

Por otra parte el Gobierno Nacional adoptará medidas para promover y donde haya lugar asegurar acciones colectivas de reparación de los diferentes entes del Estado que hubieran tenido responsabilidad por daños causados con ocasión del conflicto".

A la luz de lo anterior, es posible entender que, sin hacerlo explícito, el proyecto de acto legislativo permite incluir dentro de la jurisdicción especial para la paz las controversias sobre la responsabilidad patrimonial del Estado, con ocasión de los hechos ocurridos con anterioridad al 1º de diciembre de 2016, por causa, con ocasión y en relación directa o indirecta con el conflicto armado; sin embargo, las precisiones sobre el tema deben ser materia de desarrollo en otras disposiciones que le den alcance a la reforma constitucional que se propone, sobre todo para establecer de manera clara cuáles serán los parámetros a tener en cuenta en punto a los trámites procesales ya iniciados y, particularmente, sobre cuál es la definición de "conflicto armado" que servirá de parámetro para definir si unos hechos en particular ocurrieron por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el mismo. Adicionalmente, si tal conflicto solo se circunscribe al sostenido históricamente con las FARC-EP.

En aras de establecer, en concreto, cuáles pueden ser los asuntos que serían remitidos a la jurisdicción especial para la paz, debería realizarse un inventario detallado de los procesos a cargo de la Sección Tercera del Consejo de Estado, no solo estructurado sobre los regímenes de imputación, sino a partir de la *causa petendi* expresada en la demanda, las partes

4

involucradas, la fecha de los hechos y la definición sobre su ocurrencia por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado, toda vez que cualquier asunto de los que hoy cursan en la Sección puede verse allí incluido, como por ejemplo la privación injusta de la libertad por rebelión y delitos conexos; daños causados a conscriptos; daños ocasionados con armas de dotación oficial; acciones populares por violación de oleoductos y la consecuente contaminación ambiental, acciones de repetición derivadas del conflicto, acciones contractuales relativas a la declaratoria de caducidad con fundamento en razones de orden público y desequilibrio económico del contrato asociado al conflicto armado, entre otros.

De igual manera, es posible considerar que los procesos de responsabilidad patrimonial del Estado que cursan actualmente ante la Sección Tercera del Consejo de Estado, los tribunales y juzgados administrativos, enmarcados dentro del ámbito de competencia de la jurisdicción especial para la paz, serían remitidos a esta última para su conocimiento y decisión, en aras de garantizar la reparación integral a las víctimas del conflicto armado, toda vez que el enfoque plasmado en el punto quinto del Acuerdo final de paz incorpora, como quedó visto, la reparación por parte de los diferentes "entes del Estado que hubieran tenido responsabilidad por daños causados con ocasión del conflicto".

Frente a dicha posibilidad surgen inquietudes relacionadas con el derecho fundamental al debido proceso y la seguridad jurídica de los intervinientes, comoquiera que el artículo transitorio 10 del proyecto de acto legislativo contempla que los magistrados que integran la jurisdicción especial para la paz "estarán facultados para elaborar las normas procesales que regirán esta jurisdicción y que deberán ser presentadas por el Gobierno Nacional al Congreso de la República", circunstancia que, por ejemplo, dejata en un limbo la suerte de los procesos que se encuentran para fallo, pues no se sabe si se tramitarán de forma conjunta o acumulada con los procesos penales, para ser fallados solo hasta la terminación de estos últimos, con lo cual los tiempos de espera pueden incrementarse considerablemente, sobre todo si se tiene en cuenta que, a la luz del artículo transitorio 13 del proyecto de acto legislativo, la actividad jurisdiccional de la jurisdicción especial para la paz tendrá una duración de 15 años desde la entrada efectiva en funcionamiento de la totalidad de sus salas y secciones, plazo este último que de ser necesario podrá ser prorrogado mediante ley, para concluir su actividad, a solicitud de los magistrados de la jurisdicción especial para la paz.

Adicionalmente a los anteriores puntos, surgen otros cuestionamientos como los siguientes:

5

- ❖ La indefinición respecto del eventual conocimiento de los procesos de responsabilidad patrimonial del Estado, por parte de la jurisdicción especial para la paz, tiene como efecto práctico que será dicha jurisdicción la que, en últimas, defina cuáles asuntos serán de su resorte, toda vez que, dado el carácter preferente que se le atribuye en el proyecto de acto legislativo, los conflictos de "competencia" en razón de la jurisdicción se resolverán por mayoría simple en el seno de una sala incidental conformada por tres magistrados de la Corte Constitucional y tres magistrados de la jurisdicción especial para la paz, y en caso de empate, la decisión final será adoptada por el presidente de la jurisdicción especial para la paz.
- ❖ La institución de la cosa juzgada se torna relativa, pues se contempla la posibilidad de revisión por parte de la jurisdicción especial para la paz de las sentencias de otras jurisdicciones (artículo transitorio 9), sin que se precise el término para solicitar la revisión. De igual forma, el proyecto de acto legislativo otorga legitimidad para solicitar la revisión solo al condenado y enmarca las causales bajo la existencia de condena, por lo que surge la inquietud sobre la procedencia de la revisión respecto de sentencias proferidas por la jurisdicción de lo contencioso administrativo en las que se hayan denegado las pretensiones de la demanda y el interesado en la revisión sea del demandante ya vencido en juicio.
- ❖ Sobre el texto del artículo transitorio 14, que trata sobre el deber del Estado de garantizar la reparación integral de las víctimas, vale resaltar que dicho deber se encuentra sujeto, entre otras cosas, a "la equidad en la distribución de los recursos disponibles", lo que parece sugerir que las indemnizaciones pueden estar sometidas a una

tasación que no sea completa, lo cual redundaría en el desconocimiento de la verdadera reparación integral que se pretende garantizar en dicha norma.

Estos son simplemente algunos de los aspectos que se pueden detectar con base en la lectura del proyecto de acto legislativo 003 de 2016, sin dejar de lado que el análisis detallado del "Acuerdo Final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera", constituye un insumo necesario para establecer el contexto de la reforma constitucional.

Doctores
DANILO ROJAS BETANCOURTH
HERNÁN ANDRADE RINCÓN
Comisión Especial de la Sección tercera del Consejo de Estado
Trámites Constituyente y legislativo en materia de Reparación de víctimas
Régimen Jurídico para la Paz en Colombia.

REF: Análisis Proyectos A.L. 003 y 004 de 2016 y de la Ley 1820 de 2016.
Aspectos de interés directo de la Sección Tercera.

Respetados Doctores Rojas y Andrade, cordial saludo.

En atención a la labor que se nos confió a los Magistrados de la Sección Tercera para que, previa lectura de los proyectos y actos de la referencia, presentáramos nuestra síntesis de los asuntos que en esos proyectos de acto legislativo y ley guardan relación directa con las funciones a nuestro cargo, encuentro que tales puntos se resumen en los siguientes:

1. En el proyecto de acto legislativo 003 de 2016 merece especial mención el artículo 5 transitorio, del siguiente tenor literal:

Artículo transitorio 5. Jurisdicción Especial para la Paz. *La Jurisdicción Especial para la Paz (JEP) administrará justicia de manera transitoria y autónoma y conocerá de manera preferente sobre todas las demás jurisdicciones y de forma exclusiva de las conductas cometidas con anterioridad al 1 de diciembre de 2016, por causa, con ocasión y en relación directa o indirecta con el conflicto armado, por quienes participaron en el mismo, en especial respecto a conductas consideradas graves infracciones al Derecho Internacional Humanitario o graves violaciones de los Derechos Humanos. Respecto a los integrantes de organizaciones que suscribieron acuerdos de paz con el Gobierno, el tratamiento especial de justicia se aplicará también respecto a conductas estrechamente vinculadas al proceso de dejación de armas (negrilla fuera de texto, para resaltar).*

Es claro que no existe diferencia, a la hora de fijar el alcance de la competencia de la Jurisdicción Especial para la Paz, entre personas naturales particulares y personas naturales agentes del Estado, circunstancia ésta que conlleva, en este último caso, una relación mediata de las decisiones de la JEP con la responsabilidad del Estado y por ende con las competencias de la Sección Tercera en todo cuanto guarda relación con la reparación de víctimas de graves

infracciones al Derecho Internacional Humanitario o graves violaciones de los Derechos Humanos.

2. Esta reparación (de daños individuales o colectivos por causa del conflicto armado), en tales casos (de graves infracciones al Derecho Internacional Humanitario o graves violaciones de los Derechos Humanos), se encuentra garantizada por el Estado en el marco del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición, dentro de un plexo de principios, a saber: integralidad, adecuación, diferenciación y racionalización (materializado este último en la priorización de las medidas de reparación entre las víctimas teniendo en cuenta, para su distribución, el universo de víctimas del conflicto armado y los requerimientos de igualdad en el acceso y de equidad en el prorrateo de los recursos disponibles).

Tal caracterización del subsistema de reparación, prevista en el artículo 14 del proyecto de acto legislativo 003 de 2016, analizada a la luz de la exposición de motivos del proyecto, permite visualizar una atemperación (o ponderación) del principio de **reparación integral**, que fungirá como un mero punto de partida mediatizado por programas administrativos a cargo del Estado a la medida de una realidad presupuestal que encuentre fundamento axiológico en el principio de justicia distributiva, y justificación en la necesidad de "reparar a millones de víctimas". Aunque no significa de manera directa y explícita, que los programas de reparación estén limitados por las exigencias de la reducción del déficit fiscal, dicho déficit será causa de una limitación (racionalización) de las partidas presupuestales apropiadas con fines de reparación, todo en función de los requerimientos de "la equidad en la distribución de los recursos disponibles"¹.

¹ Sobre el punto, en el Derecho Internacional Humanitario se ha establecido que "Durante una transición política después de un período de violaciones generalizadas de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario la obligación de garantizar a las víctimas reparación apropiada puede adquirir una dimensión cualitativamente diferente. En esas circunstancias, los Estados tienen la obligación moral y política de adoptar medidas reparadoras generales y de introducir programas detallados que ofrezcan reparación a categorías más amplias de víctimas afectadas por las violaciones" en lugar de dejar que cada víctima debiera reivindicar judicialmente su derecho. Instrumentos del estado de derecho para sociedades que han salido de un conflicto: Programas de reparaciones, cap. I, en la publicación INSTRUMENTOS DEL ESTADO DE DERECHO PARA SOCIEDADES QUE HAN SALIDO DE UN CONFLICTO, OFICINA DEL ALTO COMISARIO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS- amnistías - NACIONES UNIDAS Nueva York Ginebra, 2009, tomado de http://www.ohchr.org/Documents/Publications/Amnesties_sp.pdf.

3. Algunas normas propuestas dentro del acto legislativo llevan a pensar que la reparación se hará por el Estado con cargo a unos recursos (fondos especiales?) que proceden del erario, de donaciones y aportes de terceros y de "contribuciones" a cargo de los beneficiarios de medidas de amnistía, indulto o de cualquier otro tratamiento especial, simétrico, simultáneo, equilibrado y equitativo adoptado dentro del marco de la JEP, contribuciones que se impondrán a manera de "obligaciones" por la JEP, no serán exigibles mediante acción judicial y sólo se tornan coactivas en cuanto su incumplimiento determina la pérdida del tratamiento o medida especial que le se ha ya dispensado (Párrafo del art. 14 del proyecto de A.L. 003 de 2016 y (rts.14, 33, 35 y 50, entre otros, de la ley 1820 de 2016). Esta ponderación no aparece, sin embargo, en el artículo 48.5 de la ley, según el cual, la renuncia a la persecución penal también genera, como efecto, impedir el ejercicio de la acción de repetición y del llamamiento en garantía contra los agentes del Estado, **sin perjuicio del deber del Estado de satisfacer el derecho víctimas a reparación integral**.
4. La acción de indemnización de perjuicios derivada de la conducta punible y la responsabilidad por vía de repetición en el caso de personas que hayan ejercido funciones públicas y cometido delitos respecto de los cuales se conceda amnistía, indulto o se haya renunciado al ejercicio de la acción penal, se extinguen por causa de estas medidas, sin perjuicio de su obligación de contribuir a la reparación, en los términos que explican esta obligación, antes aludidos arts. 41, 42 y 48.5 de la ley 1820 de 2016).

Atentamente,

JAIMÉ ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS

– Doctora Martha Lucía Olano de Noguera, Presidenta Consejo Superior de la Judicatura

AUDIENCIA PÚBLICA
PROCEDIMIENTO LEGISLATIVO ESPECIAL PARA LA PAZ
(ACTO LEGISLATIVO 01 DE 2016)
Bogotá D.C, febrero 14 de 2017

Saludo inicial,

Dr. José Francisco Acuña Vizcaya, Presidente (E) Corte Suprema de Justicia.

Dr. Jorge Octavio Ramírez Ramírez, Presidente Consejo de Estado

Dr. Fernando Carrillo Flórez, Procurador General de la Nación

Dr. Néstor Humberto Martínez Neira, Fiscal General de la Nación

Dr. Carlos Alfonso Negret Mosquera, Defensor del Pueblo

Dr. Yesid Reyes Alvarado, Ex Ministro de Justicia

Dr. Néstor Raúl Correa Henao, Secretario Ejecutivo de la Jurisdicción Especial para la Paz

Honorable Senador: Carlos Fernando Mota Solarte, Presidente Comisión Primera Senado de la República

Honorable Senador: Armando Benedetti Villaneda

Magistradas y Magistrados de la H. Corte Suprema de Justicia, el H. Consejo de Estado, el H. Consejo Superior de la Judicatura

Dr. Odorico Guerra, Coordinador de la Mesa Nacional de Víctimas

Señoras y señores:

En primer término, me permito agradecer al H. Senado de la República por invitarme a intervenir en la Audiencia Pública sobre los Proyectos de Acto Legislativo No. 02 de 2017 Senado, – 002 de 2016 Cámara

(Acumulado) con el Proyecto de Acto Legislativo No. 003 de 2016 Cámara, mediante los cuales, se incluye un nuevo título transitorio en la Constitución Política de 1991 en relación con las normas aplicables en el proceso de terminación del conflicto armado y la construcción de una paz estable y duradera.

El Consejo Superior de la Judicatura en su condición de órgano de gobierno y administración judicial, apoya los pronunciamientos institucionales que sobre la materia han realizado el Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia y en ese orden de ideas, considera que los actos legislativos que actualmente cursan en el H. Congreso de la República deben tener como finalidad primordial la satisfacción de los derechos de las víctimas y la consolidación de la paz, con énfasis en la restauración y reparación de los daños causados en el marco del conflicto armado.

En ese sentido, de manera respetuosa me permito presentar algunos aportes para el debate:

1. Funcionamiento de la Jurisdicción Especial de Paz

La Jurisdicción Especial para la Paz (JEP) es la columna vertebral de la iniciativa. En el artículo 5º transitorio del Proyecto de Acto Legislativo se señala que "... estará sujeta a un régimen legal propio, con autonomía administrativa, presupuestal y técnica; administrará justicia de manera transitoria y autónoma y conocerá de manera preferente sobre todas las demás jurisdicciones y de forma exclusiva de las conductas cometidas con anterioridad al 1º de diciembre de 2016, por causa, con ocasión o

en relación directa o indirecta con el conflicto armado, por quienes participaron en el mismo, en especial respecto a conductas consideradas graves infracciones al Derecho Internacional Humanitario o graves violaciones de los Derechos Humanos...".

Lo anterior significa que la Jurisdicción Especial para la Paz no hará parte de la estructura de la Rama Judicial, es decir, que se trata de una justicia especial paralela, autónoma, y preferente a las jurisdicciones que conforman la Rama Judicial.

Si la JEP no entra a formar parte de la Rama Judicial, se hace necesario precisar ¿cuál va a ser su capacidad de funcionamiento? Es decir, de dónde van a salir los recursos para su funcionamiento? Y, obviamente, se debe dejar en claro que esta situación no afecta el presupuesto de la Rama judicial, ni las nuevas fuentes de financiación que le fueron asignadas a través de la Reforma Tributaria estructural aprobada recientemente por el Congreso de la República, como el 2 % adicional de los laudos arbitrales y el 2.5 % referentes a ciertos actos notariales, los que fueron asignados como recursos propios de la Rama Judicial.

El acuerdo de paz se vincula necesaria y directamente con el marco orientador de sostenibilidad de las finanzas públicas que rige la política fiscal (art. 334 CN). Por lo tanto, la implementación de la JEP debe garantizar no sólo los recursos para toda la infraestructura necesaria para los programas, mecanismos y medidas del Acuerdo, sino también garantizar la sostenibilidad y fortalecimiento de la institucionalidad actualmente vigente.

Por ello, el Consejo Superior de la Judicatura exhorta al Congreso de la República para que dentro del proyecto de acto legislativo se establezca con claridad que el funcionamiento de la JEP no implica la afectación presupuestal de la Rama Judicial.

2. Coordinación y articulación interinstitucional

Por la naturaleza de sus funciones, la Jurisdicción Especial para la Paz tendrá que obtener información y solicitar colaboración de diferentes organismos, entre ellos, aquellos que hacen parte de la Rama Judicial, por lo que, se debería establecer la forma como ello habrá de suceder.

A manera de ejemplo, el artículo 5º transitorio en su inciso segundo prevé que, si con posterioridad a la entrada en vigencia de este Acto Legislativo y a la finalización del proceso de dejación de armas alguna de las personas sujetas a la jurisdicción de la JEP cometiera un nuevo delito, este será de conocimiento de la justicia ordinaria, lo que necesariamente implicará una coordinación y articulación con que no se encuentra prevista en la propuesta de acto legislativo.

3. Acciones de tutela contra acciones u omisiones de la JEP

El inciso cuarto del artículo octavo transitorio del proyecto de acto legislativo dispone:

"La decisión sobre la selección del fallo a revisar en tutela será adoptada por una sala conformada por dos magistrados de la Corte Constitucional escogidos por sorteo y dos magistrados de la Jurisdicción Especial para

la Paz. El fallo será seleccionado si los cuatro magistrados votan a favor de la selección".

Lo anterior significa que se estaría estableciendo el veto de uno de los magistrados en contra de la voluntad de la mayoría de que se seleccione una tutela, lo que restringe el derecho de acceso a la administración de justicia, previsto en el artículo 229 de la Constitución Política. Es decir, a pesar de que tres funcionarios consideran que el fallo debe revisarse, otro lo impide, cuando debería primar la voluntad de la mayoría y no la de éste, como normalmente ocurre.

El mecanismo de selección consagrado no encaja en una normativa garantista y no permite la protección de los derechos fundamentales establecidos en la Carta Política.

Por ello, el texto ha de modificarse en el sentido de que la decisión de selección sea adoptada por la mayoría. Cambio que puede efectuarse a fin de respetar la esencia de lo pactado, como se hizo con la sala incidental que dirimirá los conflictos de jurisdicción (artículo 9º transitorio), donde se sustituyó al Consejo Superior de la Judicatura por la Corte Constitucional, a pesar de lo convenido en el Acuerdo de Paz

4. Facultades de la Secretaría Ejecutiva

En el artículo 7º transitorio del proyecto de acto legislativo se establece que "La Secretaría Ejecutiva se encargará de la administración, gestión

y ejecución de los recursos de la Jurisdicción Especial para la Paz. El Secretario Ejecutivo podrá adoptar medidas cautelares anticipadas para preservar documentos relacionados con el conflicto armado, conforme a la ley".

La redacción del precepto implica una amplia gama de facultades y no limitadas en el tiempo, por lo que es posible que el Secretario Ejecutivo decreta medidas cautelares a pesar de estar funcionando la jurisdicción especial para la paz. De ahí que interferiría en la labor de ésta o existirían funciones paralelas, no obstante que en el punto 69 del Acuerdo sobre las Víctimas del Conflicto se indica que "el secretario Ejecutivo de la Jurisdicción Especial para la Paz podrá adoptar medidas cautelares anticipadas a la entrada en funcionamiento de la totalidad de las salas y Secciones de esta Jurisdicción".

Al respecto, se considera que la limitación en el tiempo es conveniente, por lo que se recomienda que la misma sea incorporada al proyecto de acto legislativo a fin de evitar confusiones y, en consecuencia, se debe complementar el texto legislativo con lo plasmado al respecto en lo pactado.

5. Cumplimiento del marco jurídico internacional

En el inciso tercero del artículo transitorio 5 se expresa: "La JEP al adoptar sus resoluciones o sentencias hará una calificación jurídica propia del Sistema respecto a las conductas objeto del mismo, calificación que se basará en el Código Penal Colombiano y/o en las normas de Derecho Internacional en materia de Derechos Humanos

(DIDH), Derecho Internacional Humanitario (DIH) o Derecho Penal Internacional (DPI), siempre con aplicación obligatoria del principio de favorabilidad.

Al respecto, conviene recordar que el marco normativo constitucional colombiano es respetuoso del Derecho Internacional Público (artículos 9º, 53, 93, 94 y 214 de la CP). Por ello, la JEP debe utilizar los principios internacionales de protección de la persona humana, consagrados en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) y el Derecho Internacional Humanitario (DIH).

Las disposiciones transitorias que se pretenden adicionar a la Constitución deben sujetarse a parámetros estrictos de control, y no deben ser contrarias ni deben devaluar los principios del Estado de Derecho ni los principios internacionales de protección de los derechos humanos.

Conforme a lo anterior, es obvio que la calificación jurídica propia del sistema de justicia transicional en el marco del postconflicto, debe basarse en el Código Penal, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Penal Internacional. Es decir, se deben tener en cuenta los marcos normativos nacional e internacional, sin que pueda ser exclusivamente la una o la otra.

Por ello, se considera que la mencionada disposición al incluir la conjunción y/o, podría interpretarse de forma errónea y excluyente, por lo que se sugiere suprimir la "o".

En estos términos del artículo 5º del proyecto de Acto Legislativo, se sugiere a todos los proyectos de Acto Legislativo.

– Doctora Paula Robledo- Delegada para Asuntos Constitucionales – Defensoría del Pueblo



Bogotá D.C., 14 de febrero de 2017

Doctor
GUILLERMO LEÓN GIRALDO
 Secretario
 Comisión Primera del Senado
 Congreso de la República
 Carrera 7 No. 8 - 68
 E. S. D.

Asunto: Concepto sobre el Proyecto de Acto Legislativo 002/2016C/Acumulado con el Proyecto de Acto Legislativo 003/2016C. "Par media del cual se crea un título de disposiciones transitorias de la Constitución para la terminación del conflicto armado y la construcción de una paz estable y duradera y se dictan otras disposiciones".

Respetado doctor Giraldo:

En atención a la trascendencia que ostenta el referido proyecto de acto legislativo relacionado con la implementación del Acuerdo Final para la terminación del conflicto, suscrito entre el Gobierno y las FARC-EP, en mi condición de Defensor del Pueblo, me permito exponer algunas consideraciones que estimo pertinentes para su trámite en el Congreso de la República.

En primer lugar, la Defensoría del Pueblo destaca la necesidad del presente acto legislativo en la medida que pretende materializar e incorporar al ordenamiento jurídico el punto 5 del Acuerdo Final, como presupuesto indispensable para la construcción de una paz estable y duradera.

En segundo lugar, el Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición (SIVJRRI) constituye la columna vertebral del Acuerdo de Paz ya que tiene como propósito la garantía y satisfacción de los derechos de las víctimas, en cumplimiento de las obligaciones internacionales en cabeza del Estado colombiano, en particular, las que conciernen a investigar, juzgar y sancionar a los responsables de violaciones a derechos humanos y graves infracciones al Derecho Internacional Humanitario, así como a la búsqueda e identificación de todas las personas dadas por desaparecidas en el contexto y en razón del conflicto armado.

En este orden de ideas, esta entidad celebra que el proyecto de acto legislativo establezca, como fundamento de la calificación jurídica propia a realizarse por parte de los operadores judiciales de la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP) además de nuestro ordenamiento jurídico penal, las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH), Derecho Internacional Humanitario (DIH) y Derecho Penal Internacional (DPI).

Dirección - Bogotá, carrera 9 # 16-21.
 PBX: (571) 3147300 - Línea Nacional: 01 8000 914814
 www.defensoria.gov.co
 Código: AD-P96-F-20 - VERSIÓN: 04 - Vigencia desde: 07/12/2016



Si bien la Defensoría está de acuerdo con la posibilidad de presentar acciones de tutela en contra de las decisiones adoptadas por la JEP, considera relevante exponer unas observaciones respecto de algunos aspectos de la regulación:

De una parte, la expresión "manifiesta vía de hecho" constituye una categoría que no guarda correspondencia con los requisitos generales y especiales de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales desarrollados ampliamente por la jurisprudencia de la Corte Constitucional¹. En este sentido, se sugiere reformular dicha expresión con el fin de adecuar la norma a estos lineamientos jurisprudenciales y evitar interpretaciones que generen inseguridad jurídica y resulten restrictivas respecto de la procedencia de este mecanismo de amparo.

De otra parte, a partir de la experiencia de la Defensoría del Pueblo como asistente a las Salas de Selección en la Corte Constitucional, es posible afirmar que el requisito del voto unánime de las y los magistrados que integren la Sala que decidirá sobre la selección del fallo a revisar es excesivo. En efecto, resultaría muy difícil en la práctica contar con el voto de la totalidad de las y los magistrados, máxime si se tiene en cuenta que los fallos objeto de estudio probablemente se ocuparán de asuntos complejos susceptibles de diferentes posturas e interpretaciones. En esa medida, se sugiere modificar el artículo en el sentido de exigir el voto mayoritario de las y los magistrados que integrarán la sala de selección, con lo cual se logra preservar la discusión y debate al interior de esta Sala, sin sacrificar el proceso de selección.

Además, debe precisarse que, en todo caso, aquellas magistradas o magistrados de la JEP que harán parte de esta Sala, no podrán ser quienes profirieron la decisión controvertida mediante la acción de tutela; pues de lo contrario, se presentaría un claro conflicto de intereses.

Por último, se considera que la presencia del Ministerio Público debe incluirse para este caso en las Salas de selección de la JEP, como una medida tendiente a garantizar la transparencia y control ciudadano frente a las decisiones que se adopten, tal como ocurre actualmente durante el proceso de selección de tuteladas en la Corte Constitucional². Asimismo, es necesario que el Ministerio Público mantenga la facultad de insistir en la selección de los casos³, ya que constituye una oportunidad para llamar la atención sobre asuntos de importancia decisiva para la defensa de los derechos fundamentales y el fortalecimiento de la jurisprudencia.

¹ Al respecto ver, entre otras, sentencias T-125 de 2012 y C-990 de 2005.
² Artículo 55 del Acuerdo 02 de 2015, Reglamento Interno de la Corte Constitucional.
³ Artículo 33 del Decreto 2591 de 1991 y artículo 7 del Decreto 262 de 2002.

Dirección - Bogotá, carrera 9 # 16-21.
 PBX: (571) 3147300 - Línea Nacional: 01 8000 914814
 www.defensoria.gov.co
 Código: AD-P96-F-20 - VERSIÓN: 04 - Vigencia desde: 07/12/2016



Así, este proyecto, que apenas contiene el soporte estructural para el funcionamiento del referido Sistema Integral, pues tendrá que ser objeto de posterior reglamentación, es el primer paso para fijar los procedimientos internos del mismo que necesariamente deben ajustarse a los estándares internacionales de protección en materia de derechos humanos, los cuales están llamados a operar como parámetro de interpretación del contenido del Acuerdo Final y a orientar su implementación normativa.

No de otra forma se pueden brindar garantías de seguridad jurídica para todos los sujetos que se sometan a la JEP cuyas investigaciones y enjuiciamientos -conforme lo ha advertido la Fiscalía de la Corte Penal Internacional- deben ser efectivos y genuinos.

Dicho esto, la Defensoría del Pueblo considera oportuno exponer algunas observaciones referidas a los siguientes aspectos puntuales:

✓ **Artículo transitorio 5. Jurisdicción Especial para la Paz.**

El artículo 5 establece el ámbito de aplicación de la jurisdicción especial para la paz y señala que el tratamiento especial de justicia se aplicará también respecto a "conductas estrechamente vinculadas al proceso de dejación de armas", sobre las cuales más adelante se dispone que no habrá extradición (artículo transitorio 18).

Al respecto, la Defensoría del Pueblo llama la atención sobre la extensión de la competencia material que implica esta disposición para la JEP; y por tanto, de la necesidad de precisar el tipo de hechos a los que se refiere. Si bien, esto no tiene que ser objeto de definición por parte del proyecto de acto legislativo, lo cierto es que esta entidad considera que, en todo caso, se debe definir el contenido de la expresión "conductas estrechamente vinculadas al proceso de dejación de armas", con el fin de dar mayor claridad en su aplicación y evitar que comportamientos ajenos a este proceso puedan llegar a incluirse dentro de tal categoría.

✓ **Artículo transitorio 8. Acciones de tutela contra acciones u omisiones de la JEP.**

La norma establece que la acción de tutela procederá en contra de las providencias judiciales de la JEP solo por una "manifiesta vía de hecho" o cuando la afectación del derecho fundamental sea consecuencia directa por deducirse de su parte resolutoria y se hubieran agotado todos los recursos al interior de la Jurisdicción Especial para la Paz, no existiendo mecanismo idóneo para reclamar la protección del derecho vulnerado. Por otro lado, el artículo dispone que la decisión sobre la selección del fallo a revisar será adoptada por una Sala conformada por dos Magistrados de la Corte Constitucional y dos Magistrados de la JEP y deberá contar con el voto afirmativo de los cuatro Magistrados.

Dirección - Bogotá, carrera 9 # 16-21.
 PBX: (571) 3147300 - Línea Nacional: 01 8000 914814
 www.defensoria.gov.co
 Código: AD-P96-F-20 - VERSIÓN: 04 - Vigencia desde: 07/12/2016



✓ **Artículo transitorio 12. Procedimiento y reglamento**

El artículo 12 determina la facultad que tienen las y los magistrados para elaborar las normas procesales que regirán la JEP, y establece algunos criterios para ello. La Defensoría encuentra dos asuntos problemáticos frente a esta disposición normativa:

(i) Se establece que el Procurador General de la Nación por sí o por sus delegados y agentes, no intervendrá en los procesos que se sigan ante la jurisdicción especial para la paz. Al respecto, esta entidad considera que no es razonable excluir la participación del Ministerio Público en los procesos que se surtan ante esta jurisdicción especial, ya que a éste le ha sido encomendada por mandato constitucional la función de intervenir en los procesos y ante las autoridades judiciales en defensa del orden jurídico y la protección de los derechos fundamentales. En ese sentido, su intervención en este escenario constituye una garantía adicional para la materialización de los derechos de todas las partes involucradas en el proceso, en especial, de los de las víctimas.

(ii) El inciso segundo establece que cuando un testigo declare contra alguna persona por una conducta de competencia de la JEP a cambio de obtener beneficios procesales o punitivos de cualquier naturaleza, el valor probatorio de su testimonio estará supeditado a que el contenido del mismo sea corroborado por otros medios de prueba. A juicio de la Defensoría, esta disposición contraría el principio de buena fe y limita la sana crítica como sistema de valoración de la prueba que rige en nuestro ordenamiento jurídico.

En particular, esta disposición llama la atención porque da las condiciones de los hechos y conductas cometidas con ocasión y en relación con el conflicto armado, una restricción probatoria como la propuesta puede constituirse en un obstáculo para la administración de justicia.

✓ **Artículo transitorio 15. Entrada en funcionamiento y plazo para la conclusión de las funciones de la JEP.**

El artículo determina que "el plazo para la conclusión de las funciones de la JEP consisten en la presentación de acusaciones por la Unidad de Investigación y Acusación, de oficio o como consecuencia de las resoluciones de la Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y Determinación de los Hechos y las Conductas, será de 10 años contados a partir de la entrada efectiva en funcionamiento de la totalidad de salas y secciones de la JEP, y un plazo posterior de 5 años más para concluir su actividad jurisdiccional, plazo este último que de ser necesario podrá ser prorrogado mediante ley, para concluir su actividad, a solicitud de los magistrados de la JEP".

Dirección - Bogotá, carrera 9 # 16-21.
 PBX: (571) 3147300 - Línea Nacional: 01 8000 914814
 www.defensoria.gov.co
 Código: AD-P96-F-20 - VERSIÓN: 04 - Vigencia desde: 07/12/2016





Con el fin de brindar garantías de seguridad jurídica, y a efectos de proteger los derechos de las víctimas respecto a la expectativa de las decisiones tomadas en la jurisdicción especial, la Defensoría del Pueblo considera necesario que se determine un término preciso para la prórroga sobre la terminación definitiva de la actividad jurisdiccional de la JEP.

De acuerdo con lo expuesto, la Defensoría del Pueblo solicita respetuosamente a los Honorables Congresistas tener en cuenta estas observaciones al momento de tramitar el presente Proyecto de Acto Legislativo.

Cordialmente,

CARLOS ALFONSO NEGRET MOSQUERA
Defensor del Pueblo

Copia: N/A
Anexos: N/A

Proyectaron: Tomás Bustamante, Mariana Medina y Snelther Clifuentes
Revisaron: Paula Roberto Silva y Walter Gomez
Archivado en: Conceptos proyectados de ley - acuerdo de paz 2017
Consecutivo Dependencia: 4070

Dirección - Bogotá, correo P. 2 16-21
PBX: (571) 3147300 • Línea Nacional: 01 8000 914814
www.defensoria.gov.co
Código 40706 P. 20 - 160501-04 - Vigencia desde 07/10/2016



histórica de la verdad, entendida con un alcance mayor a la verdad probatoria y judicial, de tal manera la verdad es la base para obtener una claridad de lo ocurrido y sus razones en el marco del conflicto.

Reiteramos el enfoque de derechos planteado en el acuerdo, y el principio de centralidad de las víctimas, pues es a través de la satisfacción de nuestros derechos que se labra el camino para la reconciliación de toda la ciudadanía colombiana y la construcción de una sociedad mucho más justa y equitativa.

- Doctor Odorico Guerra, Coordinador de la Mesa Nacional de Víctimas

- Jaime Ruiz Barrera

PONENCIA
ODORICO GUERRA SALGADO
Coordinador Mesa Nacional de Participación Efectiva de las Víctimas

Las mesas de víctimas tienen su soporte en la Constitución Nacional, en el desarrollo de los principios de la democracia representativa y participativa, y en la tutela especial a poblaciones vulnerables que la jurisprudencia constitucional ha desarrollado ampliamente. En el contexto del Acuerdo de Paz suscrito entre el Gobierno nacional y las FARC-EP, los objetivos del sistema integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición, son entre otros, satisfacer nuestros derechos a la justicia, contribuir a la reparación integral, ofrecer verdad a la sociedad colombiana y luchar contra la impunidad.

Resaltamos algunos principios que consideramos fundamentales para el desarrollo de la implementación del acuerdo con el objetivo de construir una paz estable y duradera:

- 1) La centralidad de las víctimas y de sus derechos a la verdad, la justicia, la reparación y la no repetición.
- 2) El enfoque diferencial y de género.
- 3) Y el debido proceso.

Para garantizar la centralidad de las víctimas, la Participación es un elemento esencial, tanto en la aplicación de la Jurisdicción Especial para la Paz -JEP-, como en el debate de implementación y en la incidencia en las Políticas Públicas, por lo tanto deben existir procesos, protocolos y medidas administrativas que garanticen nuestra participación en condiciones de Equilibrio, Seguridad, Acompañamiento Institucional, y que satisfaga el goce efectivo de los nuestros Derechos como Víctimas del conflicto armado.

La JEP deberá tener en cuenta las distintas consecuencias e impactos desproporcionales de las violaciones en relación con sujetos de especial protección y sus órganos deberán conformarse con criterios de equidad de género y respeto a la diversidad étnica, religiosa y cultural.

De tal manera, en el marco del Debido Proceso, así como la JEP brinda garantías procesales para el victimario dichas garantías deben ser ofrecidas a las víctimas en igualdad de condiciones y con un acompañamiento institucional (jurídico, seguridad, psico-social, logístico). Esta participación tiene como objetivo, la búsqueda de la Verdad como elemento reparador por excelencia y debe ser construida en condiciones de igualdad y equilibrio, teniendo en cuenta la diversidad de hechos, circunstancias, necesidades, impactos y pretensiones, por lo que el enfoque diferencial adquiere una importancia relevante en estos procesos. Nosotros como víctimas debemos protagonistas en la reconstrucción

Bogotá, D.C., Febrero 13 de 2017

ACORE ASOCIACIÓN COLOMBIANA DE OFICIALES EN RETIRO DE LAS FUERZAS ARMADAS
NIT 900288322

Honorable Senador
CARLOS FERNANDO MOTOA
Presidente Comisión Primera
Senado de la República
Señor Doctor
GUILLELMO LEON GIRALDO GIL
Secretario Comisión
Ciudad

Referencia: Proposiciones

Ante la preocupación existente por parte de los miembros de la reserva activa pertenecientes a la Fuerza Pública, y en particular de quienes integran la asociación que presido (ACORE), respecto al Acto Legislativo que actualmente cursa en el Congreso de la República sobre tratamiento diferenciado en materia de Justicia Transicional para militares y policías en situación subjetiva por causa del conflicto armado que enfrenta el país, me permito poner en su consideración lo siguiente:

Dentro del marco de la proyectada Jurisdicción Especial para la Paz (JEP), el Acto Legislativo a que se hace referencia, lo hemos considerado bastante excluyente y lesivo en algunos de sus apartes, por cuanto de manera inexplicable, no han sido tenidas en cuenta hasta la fecha, importantes observaciones que fueron previamente acordadas y formalmente aprobadas por parte del gobierno nacional.

Parte de este proyecto contiene en su articulado, algunas disposiciones en contravía con el compromiso y anuncios formales, insistentemente ofrecidos por el Jefe del Estado, en cuanto a otorgar "plena garantía de seguridad jurídica y blindaje internacional" a militares y policías incurso en conductas penales por motivo de este conflicto.

1. PROPOSICIÓN

En el Capítulo VII, artículos 20, 21, 22 y 23 de este Acto Legislativo, en términos generales se determina el tratamiento diferenciado para los miembros de la Fuerza Pública, se hace referencia a la calificación jurídica de las conductas punibles que estarían dentro de la competencia de la JEP

Calle 17 No. 6-20/160 100011 Bogotá D.C., Colombia
E-mail: acore@acore.org.co
www.acore.org.co

y lo concerniente a la responsabilidad del mando frente a los hechos que sean motivo de investigación, judicialización y sanción penal.

En el artículo 20 (segundo párrafo), se genera una clara contradicción o confusión, al señalarse que además de las normas contenidas en este capítulo, también podrían ser aplicables otras disposiciones que aparecen en los seis capítulos anteriores, sin determinar con precisión, a cuáles se refiere y de qué manera afectarían el proceso penal que se adelanta.

Proposición supresiva: en el Segundo Párrafo suprimir "sin perjuicio de la aplicación respecto de ellos de las disposiciones contenidas en los capítulos anteriores, siempre que no sean contrarias a las contenidas en este".

En el artículo 21 se establece con claridad, la importancia de "las reglas operacionales vigentes" al momento de la comisión del hecho, pero se condiciona a que no sean contrarias a otro tipo de normatividad. Es decir, perderían totalmente su valor jurídico procesal.

[En cuanto al Derecho Penal Internacional, tal como se sustenta más adelante, su aplicación es inapropiada para calificar jurídicamente las conductas cometidas por los miembros de la Fuerza Pública, dada la prevalencia que tiene la legislación penal colombiana.]

Proposición supresiva: en el Segundo Párrafo suprimir "siempre que no sean contrarias a la normatividad legal".

En el artículo 22, la forma excluyente y confusa como está redactado, dejaría por fuera algunos delitos cometidos por causa, con ocasión o en relación directa con el conflicto armado, al determinar como causal de no aplicación "cualquier tipo de beneficio que pudiera recibir el causante de la conducta delictiva". Los criterios establecidos para la tipificación de estos punibles, deben ser más amplios, precisos e incluyentes, para evitar erróneas interpretaciones en perjuicio de los inculpaos.

Proposición aditiva: agregar la palabra "el único" quedando redactado de la siguiente manera:

"y sin ánimo de obtener enriquecimiento personal indebido, o en caso de que existiera, sin ser este el único determinante de la conducta delictiva".

En el artículo 23, sobre "responsabilidad del mando", no se expresa taxativamente como corresponde, que "en materia penal prima el derecho interno con su tratamiento y procedimiento establecido, y no el de carácter internacional", ya que este último tiene un carácter subsidiario y no de tipo prevalente.

Proposición aditiva: agregar los términos "de manera preferente" después de "el Código Penal Colombiano", quedando este artículo redactado de la siguiente manera:
el Código Penal Colombiano "de manera preferente," el Derecho Internacional Humanitario como ley especial y las reglas operacionales de la Fuerza Pública en relación con el DIH siempre que ellas no sean contrarias a la normatividad legal.

2. JUSTIFICACIÓN PROPOSICIONES

La obligatoriedad de investigar juzgar y sancionar, según lo demanda las Cortes Internacionales, respecto a crímenes internacionales por hechos constitutivos de graves violaciones a los derechos humanos, crímenes de guerra y genocidios, tal como se encuentra establecido, será responsabilidad primaria de los Estados, haciendo uso soberano de su jurisdicción penal interna.

En esta materia, nuestra legislación penal vigente permite la acción judicial contra el superior (civil, militar o policial) que incurra en conductas dolosas relacionadas con el ejercicio del mando, mediante cualquiera de estas formas de imputación: coautoría, complicidad, encubrimiento, autoría material, participación determinante y especialmente en lo que se refiere a la "omisión impropia", dada su condición de garante, que lo obliga a vigilar la "conducta" de sus subordinados en los términos en que se define el concepto de mando y control efectivo, respecto a quienes actúan bajo sus órdenes en una "jurisdicción determinada".

En estas condiciones no existe ningún riesgo de impunidad. El artículo 25 del Código Penal Colombiano, permite procesar cualquier hecho doloso respecto a la responsabilidad del mando frente a conductas penales de sus subordinados.

Por otra parte, y tal como hemos insistido, dentro del ordenamiento jurídico colombiano, no todo el texto del Estatuto de Roma hace parte del bloque de constitucionalidad, y por tanto, las disposiciones allí contenidas, no reemplazan ni modifican las leyes nacionales ni tampoco el derecho interno que sea aplicado por nuestro sistema judicial en ejercicio de sus competencias.

El Estatuto de Roma, como instrumento jurídico subsidiario, ejerciendo su competencia complementaria, solo aplica para aquellos casos en que la legislación penal colombiana así lo determine. Quien delinca en territorio nacional, estará sometido a nuestro ordenamiento jurídico, bajo la competencia exclusiva de las autoridades judiciales de la República.

Solo en aquellos casos en que la Corte Penal Internacional ejerza la competencia complementaria, podrá aplicar en toda su integridad su propio estatuto y tratamientos diferentes a los vigentes en nuestro país.

La Corte Constitucional ha considerado que el Estatuto de Roma contiene algunos artículos que resultan incompatibles con normas vigentes en nuestra Carta Política, y por tanto no pueden remplazarse o modificarse las leyes nacionales existentes, ni nuestro sistema judicial.

Respecto al artículo 28 de del Estatuto de Roma, tal como nos hemos venido refiriendo, no hace parte del bloque de constitucionalidad (sentencia C-260/12 Corte Constitucional) y solo es aplicable en los procesos que la misma Corte Penal Internacional adelanta en razón a su competencia, y no al interior de nuestra jurisdicción nacional.

La Corte Constitucional (sentencia C-578/2002), también ha señalado que el artículo 29 del Estatuto de Roma, establece un tratamiento diferente al de la Constitución Nacional para el juzgamiento del mando por conductas penales de sus subordinados, circunstancia por la cual la ley penal colombiana no está obligada a definir el concepto de "responsabilidad del mando", en la misma forma como lo determina el artículo en referencia.

Para terminar, es importante aclarar que la vigencia de la Corte Penal Internacional, usada en el año 1998, solo empezó a regir en el país a partir del 1 de julio de 2002, en virtud del principio universal de irretroactividad de la ley penal "salvo favorabilidad para el acusado", y por disposición expresa de su carta fundadora. En esas condiciones, únicamente conoce de los delitos que se hayan cometido desde que empezó a funcionar (1 de julio de 2002). Incluso en el caso colombiano, solo los tipos penales de Genocidio y Lesa Humanidad cometidos a partir de esa fecha, están bajo su jurisdicción. Sobre Crímenes de Guerra, se hizo una reserva por siete años, y por tanto su competencia tiene tan solo aplicación, con los perpetrados en el país luego del 1 de julio de 2009.

Cordialmente,

Brigadier General (RA) JAIME RUIZ BARRERA
Presidente Nacional ACORE

INTERVIENE:
MAYOR GENERAL RUIZ NOVDA
Presidente ACORE

TEMA: Observaciones Articulado

ANEXO: 1

ACTO LEGISLATIVO CAPITULO VII DE LAS NORMAS APLICABLES A LOS MIEMBROS DE LA FUERZA PÚBLICA PARA LA TERMINACIÓN DEL CONFLICTO ARMADO Y LA CONSTRUCCION DE UNA PAZ ESTABLE Y DURADERA.

Observaciones respecto a este articulado:

En el Capítulo VII, artículos 20, 21, 22 y 23 de este Acto Legislativo, en términos generales se determina el tratamiento diferenciado para los miembros de la Fuerza Pública, se hace referencia a la calificación jurídica de las conductas punibles que estarían dentro de la competencia de la JEP y lo concerniente a la responsabilidad del mando frente a los hechos que sean motivo de investigación, judicialización y sanción penal.

En el artículo 20 (segundo párrafo), se genera una clara contradicción o confusión, al señalarse que además de las normas contenidas en este capítulo, también podrían ser aplicables otras disposiciones que aparecen en los seis capítulos anteriores, sin determinar con precisión, a cuáles se refiere y de qué manera afectarían el proceso penal que se adelanta.

CORRECCIÓN: en el Segundo Párrafo suprimir "sin perjuicio de la aplicación respecto de ellos de las disposiciones contenidas en los capítulos anteriores, siempre que no sean contrarias a las contenidas en este".

En el artículo 21 se establece con claridad, la importancia de "las reglas operacionales vigentes" al momento de la comisión del hecho, pero se condiciona a que no sean contrarias a otro tipo de normatividad. Es decir, perderían totalmente su valor jurídico procesal.

[En cuanto al Derecho Penal Internacional, tal como se sustenta más adelante, su aplicación es inapropiada para calificar jurídicamente las

conductas cometidas por los miembros de la Fuerza Pública, dada la prevalencia que tiene la legislación penal colombiana).

CORRECCIÓN: en el Segundo Párrafo suprimir "siempre que no sean contrarias a la normatividad legal".

En el artículo 22, la forma excluyente y confusa como está redactado, dejaría por fuera algunos delitos cometidos por causa, con ocasión o en relación directa con el conflicto armado, al determinar como causal de no aplicación "cualquier tipo de beneficio que pudiera recibir el causante de la conducta delictiva". Los criterios establecidos para la tipificación de estos punibles, deben ser más amplios, precisos e incluyentes, para evitar erróneas interpretaciones en perjuicio de los inculpaos

CORRECCIÓN: agregar la palabra "el único" quedando redactado de la siguiente manera:

"y sin ánimo de obtener enriquecimiento personal indebido, o en caso de que existiera, sin ser este el único determinante de la conducta delictiva".

En el artículo 23, sobre "responsabilidad del mando", no se expresa taxativamente como corresponde, que "en materia penal prima el derecho interno con su tratamiento y procedimiento establecido, y no el de carácter internacional", ya que este último tiene un carácter subsidiario y no de tipo prevalente.

CORRECCIÓN: agregar los términos "de manera preferente" después de "el Código Penal Colombiano", quedando este artículo redactado de la siguiente manera: el Código Penal Colombiano "de manera preferente," el Derecho Internacional Humanitario como ley especial y las reglas operacionales de la Fuerza Pública en relación con el DIH siempre que ellas no sean contrarias a la normatividad legal.

2

concesión de una indemnización, sin que sea esta la forma exclusiva de reparación, por cuanto muchas veces es más importante para la víctima el reconocimiento de verdad, la justicia frente al respectivo caso y el compromiso de no repetición.

Según lo disponen los artículos 8 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, todas las personas tienen derecho a acudir a los procesos judiciales para ser escuchadas con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, para la determinación de sus derechos y obligaciones. En relación con los derechos de las víctimas, es el artículo 25 de la citada Convención el que llama a la protección judicial a la cual está obligado el Estado, al plasmar como derecho de toda persona, el recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, para el amparo contra violaciones de sus derechos fundamentales

La Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos relativa al derecho a la justicia, a la investigación y conocimiento de la verdad, a la reparación de las víctimas y a la no repetición, contempla derechos de las víctimas y deberes del Estado por la violación de los derechos humanos:

La Sentencia proferida el 22 de noviembre del año 2000, por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, hace referencia al derecho a la verdad, esto es, a que las víctimas conozcan quienes fueron los responsables del hecho acontecido y lo que realmente aconteció, al considerar como parte integral de la reparación, el conocimiento de la verdad, expectativa que obligatoriamente el Estado tienen que satisfacer a la sociedad y particularmente a los familiares de las víctimas.

En la Sentencia de 25 de noviembre de 2003, enseñó la misma Corte Interamericana, cómo la Corporación había sostenido que "el esclarecimiento de si el Estado ha violado o no sus obligaciones internacionales por virtud de las actuaciones de sus órganos judiciales, puede conducir a que el Tribunal deba ocuparse de examinar los respectivos procesos internos".

En sentencia del 15 de junio de 2005, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, afirmó en relación con la responsabilidad del Estado de reparar a las víctimas, que "al producirse un hecho ilícito imputable a un Estado, surge de inmediato la responsabilidad internacional de éste por la violación de la norma internacional de que se trata, con el consecuente deber de reparar y hacer cesar las consecuencias de la violación". En la misma providencia indicó que en la

3

– Doctora Marta Luz Hurtado Arango Abogada

MARTA LUZ HURTADO ARANGO, Abogada Litigante

PONENCIA SOBRE VICTIMAS

El fundamento de los derechos de las víctimas surge de principios y normas contenidas en la legislación internacional y nacional, es así como al tenor artículo 1 constitucional el principio de dignidad humana promueve el derecho a saber qué ocurrió frente a un suceso determinado, y a que se haga justicia en el caso respectivo; el artículo 2 de la Carta Política, preceptúa como deber de las autoridades, el propender por el goce efectivo de los derechos de todos los residentes en Colombia y la protección de los bienes jurídicos; según el artículo 93 de la Carta Mayor los derechos y deberes se interpretan conforme a los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia; y en forma directa los derechos de las víctimas se encuentran plasmados en los artículos constitucionales 250 num. 6 y 7 CP; sin que se pueda olvidar el principio según el cual el Estado Social de Derecho promueve la participación, orientado a indicar cómo la intervención de las víctimas en el proceso penal no se circunscribe exclusivamente a la búsqueda de una pretensión económica.

Así, la protección de los derechos de las víctimas se han amparado internacionalmente en declaraciones y convenciones, entre las que se encuentran: el literal a) del numeral 3º del artículo 2º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, los artículos 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso de Poder de las Naciones Unidas; la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura; la Convención Interamericana sobre la Desaparición Forzada de Personas; la Convención para la prevención y la Sanción del Delito de Genocidio.

Preceptúa el literal a del numeral 3 del artículo 2 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos que "toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales". Al interpretar la norma, es necesario concluir que está exigiendo reparar a las personas a quienes se les haya violado los derechos amparados en el citado Pacto, reparación que generalmente se refiere a la

medida de lo posible la reparación debía ser plena, esto es, orientada al restablecimiento de la situación anterior a la violación y de no ser posible, deja clara la posibilidad de adoptar otras medidas que permitan la reparación, encontrándose entre ellas el pago de una indemnización compensatoria; además, manifestó que la reparación implica el otorgamiento de garantías de no repetición.

La jurisprudencia constitucional colombiana ha desarrollado el derecho de las víctimas, con base en los artículos 1, 2, 15, 21, 93, 229 y 250 de la Constitución Política y en el derecho internacional de los derechos humanos. Desde el año 2002 la Corte Constitucional al plasmar sus consideraciones en la sentencia C-228, fijó la naturaleza y alcance del derecho de las víctimas, y al referirse a la reparación integral sostuvo la procedencia de medidas individuales de restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y garantía de no repetición; y medidas colectivas dirigidas a restaurar, indemnizar o readaptar los derechos de las colectividades o comunidades directamente afectadas por las violaciones ocurridas.

La Corte Constitucional ha sostenido en múltiples oportunidades que "...el derecho constitucional a la reparación integral de las víctimas no sólo tiene fundamento expreso en los artículos 1º, 2º y 250 de la Constitución, sino también en varias normas del derecho internacional que hacen parte del bloque de constitucionalidad y, por consiguiente, resultan vinculantes en nuestro ordenamiento jurídico...".

La Corte Constitucional en las sentencias C-715 de 2012 y C-099 de 2013, fijó algunos parámetros constitucionales en relación con el derecho a la reparación, entre ellos:

"(vi) ...el derecho a la reparación integral supone el derecho a la restitución de los derechos y bienes jurídicos y materiales de los cuales ha sido despojada la víctima; la indemnización de los perjuicios; la rehabilitación por el daño causado; medidas simbólicas destinadas a la reivindicación de la memoria y de la dignidad de las víctimas; así como medidas de no repetición para garantizar que las organizaciones que perpetraron los crímenes investigados sean desmontadas y las estructuras que permitieron su comisión removidas, a fin de evitar que las vulneraciones continuas, masivas y sistemáticas de derechos se repitan;

(vii) La reparación integral a las víctimas de graves violaciones a los derechos humanos tiene tanto una dimensión individual como colectiva;

4

(viii) En su dimensión individual la reparación incluye medidas tales como la restitución, la indemnización y la readaptación o rehabilitación;

(ix) En su dimensión colectiva la reparación se obtiene también a través de medidas de satisfacción y carácter simbólico o de medidas que se proyecten a la comunidad;

(x) Una medida importante de reparación integral es el reconocimiento público del crimen cometido y el reproche de tal actuación. En efecto, como ya lo ha reconocido la Corte, la víctima tiene derecho a que los actos criminales sean reconocidos y a que su dignidad sea restaurada a partir del reproche público de dichos actos. Por consiguiente, una manera de vulnerar de nuevo sus derechos, es la actitud dirigida a desconocer, ocultar, mentir, minimizar o justificar los crímenes cometidos;

(xi) El derecho a la reparación desborda el campo de la reparación económica, e incluye además de las medidas ya mencionadas, el derecho a la verdad y a que se haga justicia. En este sentido, el derecho a la reparación incluye tanto medidas destinadas a la satisfacción de la verdad y de la memoria histórica, como medidas destinadas a que se haga justicia, se investigue y sancione a los responsables. Por tanto, la Corte ha evidenciado el derecho a la reparación como un derecho complejo, en cuanto se encuentra en una relación de conexidad e interdependencia con los derechos a la verdad y a la justicia, de manera que no es posible garantizar la reparación sin verdad y sin justicia;

(xii) La reparación integral a las víctimas debe diferenciarse de la asistencia y servicios sociales y de la ayuda humanitaria brindada por parte del Estado, de manera que éstos no pueden confundirse entre sí, en razón a que difieren en su naturaleza, carácter y finalidad. Mientras que los servicios sociales tienen su título en derechos sociales y se prestan de manera ordinaria con el fin de garantizar dichos derechos sociales, prestaciones o políticas públicas relativas a derechos de vivienda, educación y salud, y mientras la asistencia humanitaria la ofrece el Estado en caso de desastres; la reparación en cambio, tiene como título la comisión de un ilícito, la ocurrencia de un daño antijurídico y la grave vulneración de los derechos humanos, razón por la cual no se puede sustituirlas o asimilirlas, aunque una misma entidad pública sea responsable de cumplir con esas funciones, so pena de vulnerar el derecho a la reparación.

(xiii) La necesaria articulación y complementariedad de las distintas políticas públicas, pese a la clara diferenciación que debe existir entre los servicios

5

sociales del Estado, las acciones de atención humanitaria y las medidas de reparación integral".

La Corte Constitucional en la Sentencia C - 1199 de 2008 refiriéndose a la reparación de las víctimas sostuvo: "... i) incluye todas las acciones necesarias y conducentes a hacer desaparecer, en la medida en que ello sea posible, los efectos del delito; ii) al igual que el concepto de víctima, tiene una dimensión tanto individual como colectiva; iii) no se agota en su perspectiva puramente económica, sino que tiene diversas manifestaciones tanto materiales como simbólicas y iv) es una responsabilidad que atañe principalmente a los perpetradores de los delitos que dan lugar a ella, pero también al Estado, particularmente en lo relacionado con algunos de sus componentes"

La Corte Constitucional en la sentencia C - 771 de 2011 se refirió a instrumentos de justicia transicional al reconocer: "...Son también instrumentos de justicia transicional las estrategias a través de las cuales se busca privilegiar la búsqueda de la verdad, especialmente en su dimensión colectiva, en algunos casos a cambio de la aceptación de menores niveles de justicia y reparación para las víctimas. Entre esas figuras pueden mencionarse: i) las comisiones de la verdad, ...; ii) los programas de reparación, usualmente patrocinados por el Estado, que ayudan a la reparación material y moral de los daños causados por abusos del pasado; iii) la justicia de género, que promueve iniciativas contra la impunidad de la violencia sexual y de género, y que propendan por la igualdad de condiciones para el acceso de las mujeres a programas de reparación por transgresiones a los derechos humanos, y iv) los actos de conmemoración, entre ellos la realización de ceremonias y la erección de monumentos públicos, a través de los cuales se busca preservar la memoria de las víctimas y aumentar la conciencia moral sobre las violaciones cometidas contra la sociedad, como dique de no repetición, entre otras."

El concepto de justicia transicional se adapta a la transformación que sufre Colombia, después de superar el conflicto armado vivido desde hace más de cincuenta años, por ello es procedente y su fundamento contiene decisiones políticas y jurídicas que le permiten al Estado y a los ciudadanos hacer el tránsito de una situación de conflicto armado al verdadero Estado de Derecho y de democracia política.

El proyecto de acto legislativo que nos ocupa, como contenido de normas de justicia transicional, desarrolla los principios constitucionales ya esbozados precedentemente, orientados a cumplir al fortalecimiento del Estado Social de Derecho y de la Democracia, el reconocimiento de los derechos de las víctimas y

6

la reconciliación, cuando hay violaciones masivas de los derechos humanos o del derecho internacional humanitario, haciéndose posible la expedición de normas que permitan suplir transitoriamente los mecanismos ordinarios que en una situación de conflicto y búsqueda de una paz estable y duradera pueden obstaculizar precisamente la salvaguarda de la constitución.

Como parte de la estrategia de la justicia transicional, es dable incluir mecanismos propios de la misma para satisfacer las garantías contenidas en ellas, entre las cuales se encuentra la reparación a las víctimas del conflicto armado, sin que tal afirmación permita concluir que por el hecho de que los actores del conflicto armado no sean llamados a responder por cada uno de los mecanismos estatuidos en la respectiva ley para contribuir a la reparación, las víctimas se encuentran desprotegidas dentro de la normativa contemplada en el proyecto de acto legislativo que nos ocupa, por el contrario en la normativa se encuentra consagrado su derecho y el Estado se compromete a hacer las reparaciones económicas y los actores del conflicto quedan obligados a contribuir con proporcionar el conocimiento de la verdad de lo ocurrido, a las reparaciones no económicas y a garantizar al unisono con el Estado a garantizar la no repetición..

Es así, como la protección especial que tienen las víctimas en la Constitución Política y en el desarrollo de las normas, declaraciones y convenciones internacionales, se encuentra garantizada plenamente en el proyecto de acto legislativo, en las disposiciones contenidas en la Justicia Transicional que se expide en desarrollo del proceso de paz.

En relación con los agentes de Estado, actores del conflicto, la reparación supera el marco de la indemnización económica y se refiere a otras medidas simbólicas o complementarias que permiten la transformación de las víctimas y su situación, impactándolas de manera duradera. Ello por cuanto la reparación debe entenderse como una política que expresa el reconocimiento de la dignidad de las víctimas como ciudadanos de derecho.

Lo anterior nos lleva a concluir que la reparación por parte de los victimarios cobra su importancia frente a la admisión de la responsabilidad por las violaciones cometidas, quien a la vez debe expresar en forma concreta, material y simbólica, el compromiso de superar las secuelas causadas, comprometiéndose a no cometer nuevos hechos violatorios de los derechos humanos o del derecho internacional humanitario.

– Doctor Javier Osorio López ex Magistrado Corte Suprema de Justicia Especialista en Derecho Constitucional



Bogotá, Febrero de 2017

SEÑORES DEL SENADO

A su consideración y aprobación está el acto legislativo 005 de 2017, por el cual se regula parcialmente el componente de reincorporación política del Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera.

No es nada fácil el compromiso que tienen los padres de la patria; por un lado cumplir con las exigencias del Gobierno Nacional en virtud de los pactos a que se comprometió con las FARC; y de otro, cumplir con la voluntad y mandato del Pueblo Colombiano que los llevó a esa sagrada curul.-

He revisado con cuidado el Aludido Acto Legislativo, y no me queda duda que cumple con los estándares internacionales, así como con los postulados jurídico políticos plasmados en el acuerdo de la Habana (Cuba) firmado el 24 de noviembre del año pasado, quedando pendiente el control constitucional que le corresponde a la Corte Constitucional..

Pero con su venia les solicito autorización para referirme específicamente a lo que se pretende legislar en el CAPÍTULO VII ESPECIAL, referido al "tratamiento diferenciado y simétrico para miembros de la Fuerza Pública, y la calificación jurídica de la conducta en la jurisdicción especial para la paz", figuras jurídicas frente a las que algunos se han expresado por todos los medios, para asegurar que se hace necesario trasplantar y acoger preferentemente el artículo 28 del Estatuto de Roma, cuyo control constitucional se definió en la sentencia C-578 de 2002, normativa propia para su aplicación por la Corte Penal Internacional en casos especiales frente a los Estados parte, siendo posible su aplicación en Colombia de manera subsidiaria, residual, complementaria o extraordinaria, como así se colige del mismo texto ya



estudiado en las sentencias de constitucionalidad C-578 de 2002, C-291 de 2007, C-488 de 2009, C-801 de 2009, C-290 de 2012.

En esencia, en aquellas sentencias se especificó, que las disposiciones contenidas en el Estatuto de Roma, "no reemplazan ni modifican las leyes nacionales, de tal manera que a quien delinca en el territorio nacional se le aplicará el ordenamiento jurídico interno y las autoridades judiciales competentes al efecto son las que integran la administración de justicia colombiana"¹

De igual manera se puntualizó, con respecto a que el Legislador patrio cuenta con "un amplio margen de configuración para el diseño de la política criminal y el derecho penal, dentro del cual puede optar por diversas alternativas de regulación que incluyen la potestad de crear delitos, establecer los elementos constitutivos de los tipos penales y sus correspondientes sanciones, así como el procedimiento a seguir para su investigación y juzgamiento; la competencia amplia y exclusiva del Legislador en este ámbito se basa en el principio democrático y en la soberanía popular"².

Luego, del contexto del acto legislativo considerado como un todo jurídico, se colige con meridiana claridad, el cumplimiento con las preceptivas del acuerdo suscrito con las FARC, en relación con el juzgamiento de los miembros de la Fuerza Pública, respecto de las conductas punibles que se les impute, con aplicación estricta y preferente a través del debido proceso señalado en el artículo 29 de la Carta Mayor, con juiciosa sujeción al Código Penal Colombiano y sin que sea necesario y menos obligatorio acudir al contenido del artículo 28 del Estatuto de Roma propio del rito que le corresponde a la Corte Penal Internacional y norma que por demás no hace parte del Bloque de Constitucionalidad.

La obligación de Colombia con la comunidad internacional al suscribir y aprobar el Pacto de Roma, principalmente no son otras que las de criminalizar las

¹ C-578 de 2002.M.P. Manuel José Cepeda Espinosa Sobre revisión de la Ley 712 de 2002, que constitucionalizó el Estatuto de Roma.

² C-488 de 2009 y C-291 2007. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio

2

Calle 100 No. 19 A 61 oficina 210 Ed. Centro Empresarial 100 - Bogotá D.C. - Telefax: (1)6353547, Tel.6353827. Cels.3203496934 - 3175007240- E-mail. ljavierosori@hotmail.com



conductas, investigarlas y sancionar eficazmente a sus responsables cuando sean constitutivos de crímenes de competencia de la Corte Penal Internacional, debiéndose prestar colaboración cuando ella asuma el conocimiento de hechos punibles cometidos en el país y castigar los delitos contra la administración de justicia en los casos que se ventilen, al tenor de los cánones 70-4.a³, 80⁴ y 88⁵ del prementado estatuto.

Acorde con lo anterior, de ninguna manera las disposiciones del Estatuto de Roma pueden reemplazar ni modificar las leyes del Estado parte, salvo decisión de plasmarlos expresamente en la legislación interna que en este momento no se precisa. En consecuencia, para quienes cometan cualquier tipo penal en Colombia, se les aplicará el régimen jurídico interno por las autoridades judiciales competentes encargadas de administrar justicia, aplicando rigurosamente el artículo 29 de la Carta Mayor y la normatividad penal interna vigente al tiempo (no retrospectiva) de la comisión de la respectiva conducta punible, con lo cual se cumple con los principios del derecho internacional incorporados en la Carta de las Naciones Unidas, plasmados en la Convención de Viena, tales como el de la igualdad soberanía, la libre autodeterminación de los pueblos y la independencia del Estado, al igual que el artículo 4 del protocolo I-⁶ adicional a los Convenios de Ginebra de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los

³ E.R. Art. Delitos contra la administración de Justicia Art. 70-4. a) Todo Estado Parte hará extensivas sus leyes penales que castiguen los delitos contra la integridad de su propio procedimiento de investigación o enjuiciamiento a los delitos contra la administración de justicia a que se hace referencia en el presente artículo y sean cometidos en su territorio o por uno de sus nacionales.

⁴ E.R. Art.80 El Estatuto, la aplicación de penas por los países y la legislación nacional. Nada de lo dispuesto en la presente parte se entenderá en perjuicio de la aplicación por los Estados de las penas prescritas por su legislación nacional ni de la legislación de los Estados en que no existan las penas prescritas en la presente parte.

⁵ E.R. Artículo 88. Procedimientos aplicables en el derecho interno Los Estados Partes se asegurarán de que en el derecho interno existan procedimientos aplicables a todas las formas de cooperación especificadas en la presente parte

⁶ Colombia es parte de los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 aprobados mediante la Ley 5 de 1960, depositados ante la Confederación Suiza y vigentes desde el 8 de mayo de 1962. También aprobó el Protocolo I mediante la Ley 11 de 1992, haciéndose la adhesión el 1º de septiembre de 1993 y entrando en vigor el 1º de marzo de 1994.

3

Calle 100 No. 19 A 61 oficina 210 Ed. Centro Empresarial 100 - Bogotá D.C. - Telefax: (1)6353547, Tel.6353827. Cels.3203496934 - 3175007240- E-mail. ljavierosori@hotmail.com



conflictos armados internacionales -1977- vigente para Colombia desde marzo de 1994 el cual reza:

"La aplicación de los convenios y del presente protocolo, así como la celebración de los acuerdos previstos en estos instrumentos, no afectarán el estatuto jurídico de las partes en conflicto. La ocupación de un territorio y la aplicación de los convenios y del presente Protocolo no afectarán al estatuto jurídico del mismo" (subrayas mías).

Los anteriores argumentos, precisan lo plasmado en el mencionado Estatuto, cuando adelantó a recordar desde su preámbulo "que es deber de todo Estado ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales...", a efecto de que ningún crimen de naturaleza grave amenazante de la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad, pueda quedar sin castigo, previendo de contera en su artículo primero su "carácter complementario de las jurisdicciones penales nacionales", de donde surge su aplicación residual o subsidiaria, debiéndose utilizar preferentemente y con rigor la normatividad interna.

Luego, no se necesita para la investigación, juzgamiento y sanción de los delitos cometidos por la fuerza pública, la aplicación del artículo 28 del Estatuto de Roma, el cual es propio del Juzgamiento por La Corte Penal Internacional y mucho menos incluirlo en la legislación interna, porque no es necesario al tener una legislación penal más que suficiente que no dará paso a que se presente un solo caso de impunidad, con la garantía de que se sancionarán las conductas típicas, imputables y antijurídicas como se reclama en el acuerdo que pone fin al conflicto armado.

Muchas gracias.

Luis Javier Osorio López

4

Calle 100 No. 19 A 61 oficina 210 Ed. Centro Empresarial 100 - Bogotá D.C. - Telefax: (1)6353547, Tel.6353827. Cels.3203496934 - 3175007240- E-mail. ljavierosori@hotmail.com

– 16 Doctor Jean Carlos Mejía Azuero Phd. Docente, Investigador y Doctrinante Perito Corte Interamericana de Derechos Humanos

MAS

NIT: 900.813.955-2

Bogotá D.C., 14 de febrero del 2017.

Señores Comisión Primera Permanente Constitucional.

Senado de la República.

Congreso Nacional.

Ciudad.

Intervención en audiencia pública Proyecto de AL 02 del 2016 acumulado al 03 del mismo año, por medio del cual se crea un título transitorio en la Constitución Política sobre las normas para la terminación del conflicto armado y la construcción de una paz estable y duradera.

PhD. Jean Carlo Mejía Azuero.

Perito Corte Interamericana de Derechos Humanos en Derecho Operacional, DIH y DDHH.

Docente, investigador y doctrinante

Presento un cordial saludo a la Mesa Directiva de la Comisión agradeciendo la oportunidad brindada para participar en este importante escenario en donde se está construyendo constitucionalmente la justicia de la transición para la terminación del conflicto armado con las farc; esperamos con optimismo que pronto suceda lo mismo con los demás grupos al margen de la ley, para realmente poder hablar de una verdadera posibilidad de paz estable y duradera, anhelo de todos los colombianos y de la comunidad internacional.

Dividiré esta breve intervención en tres partes; una primera relacionada con tres premisas para que el Sistema integral de verdad, Justicia, reparación y no Repetición cumpla su propósito de rendición de cuentas dentro de un contexto globalizado, garantizando al máximo los derechos de todas las víctimas y la seguridad jurídica de los actores armados y terceros.

mas.info@mejiasarillas.com.co Teléfono: +00571 7498592 / Dirección: Carrera7 #112-28 Oficina 201



NIT: 900.813.955-2

La segunda parte relacionada con algunas consideraciones puntuales sobre las denominadas en el acuerdo final y en el compromiso gubernamental del 19 de diciembre del año 2015 como "reglas operacionales" en relación con el capítulo VII del proyecto, y se finalizará con algunas recomendaciones puntuales sobre el articulado en general, todo con un solo propósito, el de ayudar a construir el mejor sistema posible.

1. Premisas para que el SIVJRNR una vez haga parte de la Constitución cumpla su propósito real.
 - a. **Primera premisa.** Es en Colombia en donde en la práctica y no sólo en lo formal debemos satisfacer los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia, la reparación y la no repetición, si esto no sucede no sólo estamos abocados como se cree sólo a la activación de la competencia negativa de la CPI sino a la aplicación del derecho internacional penal, la jurisdicción universal y su principal herramienta, la extradición; además de la posibilidad de juicios patrimoniales de responsabilidad civil en el exterior. En consideración a lo anterior es apical la aplicación del principio *aut dedere aut iudicare* y dado el caso el *aut dedere aut punire*. Esta premisa establece el nivel de trasplantes del derecho internacional.
 - b. **Segunda premisa.** El más relevante estándar internacional para que el SIVJRNR funcione realmente es el deber del Estado colombiano de investigar las graves violaciones a los derechos humanos y las graves infracciones al DIH; el de juzgar a personas naturales a través de un tribunal verdaderamente independiente e imparcial pero que conozca el contexto en donde ocurrieron los hechos (el contexto de conflicto armado no internacional) y el de sancionar eficaz y efectivamente a los responsables de las más graves conductas y hechos.
 - c. **Tercera premisa.** El principio de complementariedad, incluso desde su perspectiva positiva ante la CPI, así como el de subsidiariedad propio de los mecanismos de protección internacional de DDHH, y los que sustentan el DPI y el DIP, tienen un claro límite, la soberanía nacional y la autodeterminación de las naciones. Entre más institucionalidad exista en un estado abocado a un escenario de transición, mayor autonomía tiene para establecer un esquema de justicia para la transición aplicando los estándares internacionales que sean pertinentes de acuerdo con el contexto específico. Colombia es una democracia en desarrollo, la transición aquí tiene el propósito de profundización de la misma, no el de superación de una guerra internacional, un régimen autoritario o totalitario, o peor aún el de una guerra civil. Armonizar las anteriores premisas podría ser importante en esta instancia.

mas.info@mejiaarillasas.com.co / Teléfono: +00571 7498592 / Dirección: Carrera7 #112-28 Oficina 201



NIT: 900.813.955-2

3. Las reglas operacionales como expresión del derecho operacional no podrían reñir en consecuencia con los DDHH, el DIDH, el DPI, o el DIP, pues resultan ser en gran parte la misma aplicación técnica de éstos marcos jurídicos al quehacer militar, especialmente en lo bélico, ámbito absolutamente reglado en un estado de derecho como el colombiano. Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como Cruz Sánchez contra el Perú, o Marino López y otros Contra Colombia reconocen abiertamente el tema; al igual que lo hizo la sala liquidadora tercera en lo Penal en el Perú en el caso de los máximos responsables en la operación Chavín de Huantar en 1997 y lo mismo el Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia en 1999 en los casos de los bombardeos en las zonas de exclusión al analizar técnicamente los efectos de los medios, tácticas y técnicas de ataque utilizadas, interpretando adecuadamente el principio de proporcionalidad en DIH (<https://vimeo.com/85782261>).
4. Existirá, como lo han demostrado varias investigaciones académicas un derecho operacional constitucional, derivado del mandato soberano del pueblo; un derecho operacional a nivel legal y un derecho operacional administrativo, de donde surgen actos de la administración pública central y descentralizada de naturaleza compleja como los planes de guerra, los de campaña así como los planes y órdenes de operaciones (<http://mejiaarillasas.com.co/derecho-operacional-debera-ser-tenido-en-cuenta-por-la-jurisdiccion-para-la-paz/>).
5. El derecho operacional no es doctrina, ni pensamiento doctrinal en la actualidad. De esa forma lo determino una investigación académica de la Universidad Externado de Colombia en el año 2015 (El análisis de contexto en la investigación penal: crítica del trasplante del derecho internacional al derecho interno).
6. Prescindir en el articulado de expresiones como "reglas operacionales", "*lex specialis*" o de la cualificación *bonam legem* de requisitos relacionados con el control efectivo dentro de la centenario y claramente estructurada figura de la responsabilidad del superior o el mando, máxime cuando no existe frente al control una posición pacífica en la jurisprudencia y doctrina internacional, como lo ha reconocido entre otros el profesor Kai Ambos, afectaría todo al SIVJRNR generando complicadas consecuencias en la participación de los agentes del estado dentro del componente de justicia del Sistema (El caso bamba se encuentra en apelación en la CPI por lo tanto no hay precedente realmente).
7. Las reglas operacionales como expresión del derecho operacional son herramienta esencial para combatir la impunidad en un contexto del ius postbellum como el colombiano; la institucionalidad colombiana es la mejor prueba de flexibilidad en la estructuración de un Sistema integral de transición.

mas.info@mejiaarillasas.com.co / Teléfono: +00571 7498592 / Dirección: Carrera7 #112-28 Oficina 201



NIT: 900.813.955-2

2. "Las reglas operacionales" previstas en el Capítulo VII del proyecto en relación con las normas aplicables a los miembros de la Fuerza Pública para la terminación del CANI y la construcción de una paz estable y duradera

En ésta parte resulta pertinente mostrar un breve contexto para evidenciar la importancia que la aproximación colombiana de justicia para la transición observó las reglas operacionales como paladina expresión del derecho operacional en el ámbito de la aplicación de una justicia para la transición para aquellos agentes del estado integrantes de la Fuerza Pública.

Los artículos 20 al 25 transitorios del PAL aprobado en la Plenaria de la Cámara de Representantes de acuerdo con la Gaceta del Congreso número 37 del 2 de febrero del año que se extingue hacen parte integral del proyecto SIVJRNR, así que no pueden interpretarse aisladamente pues tienen implicación directa en todo el andamiaje propuesto: de esa forma todo el texto aprobado es la máxima expresión del tipo especial de conflicto armado que se pretende superar definitivamente y de la existencia y vigencia de un estado constitucional y social de derecho; de contera toda la actuación de la Fuerza Pública colombiana durante los últimos 52 años de guerra se presume ajustada a derecho. Todas las operaciones militares y los operativos policiales en Colombia, tengan o no relación directa o indirecta con el conflicto armado son consecuencia de una previsión constitucional (preámbulo, artículo 1, 2, 3, 4, 6, 90, 214 de la Constitución y el título VII entre otros), legal y reglamentaria.

Del anterior contexto se derivan las siguientes consideraciones:

1. El derecho operacional y las reglas operacionales, éste último término utilizado en el Acuerdo Final del 24 de noviembre del 2016, tienen amparo constitucional y legal en Colombia. La misión, roles y funciones de la fuerza pública están jurídicamente amparados, de ahí deviene la posición de garante de militares y policías.
2. El derecho operacional ha sido definido de tiempo atrás por muchos países, así como a nivel interno, indicándose que consiste en la aplicación e interpretación de fuentes jurídicas nacionales e internacionales al proceso de planeación, preparación, ejecución y evaluación de operaciones militares ya sea en tiempos de guerra, transición o paz.

mas.info@mejiaarillasas.com.co / Teléfono: +00571 7498592 / Dirección: Carrera7 #112-28 Oficina 201



NIT: 900.813.955-2

3. Recomendaciones puntuales sobre el articulado.

De forma respetuosa se presentan a continuación algunas recomendaciones con el propósito de fortalecer el SIVJRNR y acercarlo cada vez más a la satisfacción real de los derechos de las víctimas y al máximo de seguridad jurídica en el tiempo y el espacio, de acuerdo con los precedentes internos y los internacionales que sean aplicables.

1. Se debe definir víctima dentro del proyecto de la forma más amplia posible; víctima como ser humano o víctima como persona natural con derechos resulta mucho más contextualizado y dignificante además de inclusivo, que víctima como ciudadano.
2. Respecto al artículo 5º transitorio del proyecto se deben precisar los mojos inicial y final de competencia temporal de la JEP; la redacción tiene que indicar entre que fechas tiene competencia material el Sistema; hechos anteriores al primero de diciembre de 2016, ¿pero comenzando cuándo?
3. El texto del proyecto en su artículo 12 transitorio no menciona nada sobre el régimen probatorio a aplicar; establecer normas y reglas procesales es diferente a establecer un sistema probatorio. Se recomienda que sea el colombiano en materia penal (El texto en diferentes apartados alude a diferentes medios probatorios pero no indica cómo se deberán incorporar, valorar dentro del sistema), así se desarrollaría el punto 14 de los principios básicos del componente de Justicia del Sistema.
4. El capítulo V, artículo 18 sobre la extradición puede afectar por su redacción todo el Sistema al generar una asimetría que no cuenta con explicación y sustento plausible respecto a la aplicación de la figura entre los actores armados e incluso terceros. Se recomienda en aras de mantener la seguridad jurídica y la centralidad de las víctimas en el sistema verificar la posibilidad de una redacción inclusiva o prescindir del capítulo y regularlo en una ley estatutaria de extradición pasiva de nacionales que brindaría seguridad jurídica a los desmovilizados, a los agentes del estado e incluso a terceros, pero lo más importante garantizaría la presencia física de los responsables frente a las víctimas. Lo acordado en la Habana en el punto V sobre el tema merece una interpretación más amplia para cumplir con estándares internacionales al aplicar el *aut dedere aut iudicare*, pero también la preservación de los derechos humanos de los extraditados. (verificar términos de priorización dentro del acuerdo del 9 de diciembre del 2016 entre las partes).

mas.info@mejiaarillasas.com.co / Teléfono: +00571 7498592 / Dirección: Carrera7 #112-28 Oficina 201



NIT: 900.813.955-2

5. Se recomienda suprimir en los artículos 21 y 23 del proyecto la expresión "siempre que no sean contrarias a la normatividad legal" respecto a las reglas operacionales, pues iría no sólo en contra del preámbulo de la Constitución Política que hace parte del bloque de constitucionalidad en sentido restringido, además de los artículos 1, 2, 4, 6 y el Título VII, capítulo VII de la Carta Magna. Indicar que las reglas operacionales son válidas dentro del Sistema siempre que no contraríen la normatividad legal no sólo es contradictorio sino que además acabaría con el principio de presunción de legalidad acordado por el gobierno y la Fuerza Pública el 19 de diciembre del 2015 y con lo previsto en el acuerdo final de la Habana respecto a los principios básicos del componente de justicia del SIVJRN, especialmente en lo acordado en puntos 32 inciso tercero (pág. 149) y el 44 (pág. 154).

Mil gracias por su gentil atención.

mas.info@mejoradillas.com.co / Teléfono: +50571 7498592 / Dirección: Carrera 7 #112-28 Oficina 201

La obligación de los Estados Partes, de investigar, juzgar y sancionar estos crímenes, *no significa que los Estados, tengan que derogar sus leyes y adoptar el Estatuto de Roma como código interno*; como tampoco los Estados se obligan a redefinir sus leyes penales, amoldándolas a los exactos lineamientos y denominaciones del Derecho Penal Internacional. El Estado Parte cumple sus obligaciones tipificando y castigando las conductas de competencia de la CPI, sin que sea necesario que "copie" o transcriba en sus leyes internas las normas del Estatuto de Roma.

De hecho, el Propio Estatuto de Roma reconoce que el juzgamiento por conductas constitutivas de crímenes internacionales corresponde en primer orden a las autoridades judiciales de los Estados Partes, con aplicación de las propias leyes internas (arts.17, 80, 88 del Estatuto de Roma)¹

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

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

¹ Art. 80 ECPL. "Nada de lo dispuesto en la presente parte se entenderá en perjuicio de la aplicación por los Estados de las penas prescritas por su legislación nacional ni de la legislación de los Estados en que no existan las penas prescritas en la presente parte."

– Doctor Jorge Mario Gómez Abogado Litigante

JORGE MARIO GÓMEZ, CC 75.075.914, Abogado Litigante

La Jurisdicción del Corte Penal Internacional es complementaria.

El Estado Colombiano, al suscribir el acuerdo de paz tuvo el enorme cuidado de privilegiar los derechos de las víctimas, gravitando dicho acuerdo en el respeto sobre las garantías que han de ofrecerse a estos, buscando la no repetición del conflicto.

En ese entendido, se construyó todo un acuerdo de justicia, bajo el novedoso escenario de llevar las conductas más graves a un Tribunal de investigación y juzgamiento, donde se establecerá la responsabilidad y la sanción para dichos crimines. Por lo tanto, ello demuestra que el Estado Colombiano afirma el respeto por los derechos humanos, aplicando en dicha jurisdicción los estándares a nivel internacional para garantizar los derechos de las Víctimas.

Es cierto que los Estados signatarios del Pacto de Roma, están obligados (es el caso de Colombia) a *investigar, juzgar y sancionar los hechos constitutivos de graves violaciones a los derechos humanos y los hechos constitutivos de crímenes de guerra y genocidios que se cometan en su jurisdicción.*

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

"Art. 80. El Estatuto, la aplicación de penas por los países y la legislación nacional.

Nada de lo dispuesto en la presente parte se entenderá en perjuicio de la aplicación por los Estados de las penas prescritas por su legislación nacional ni de la legislación de los Estados en que no existan las penas prescritas en la presente parte."

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

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

– Doctor Jesús Orlando Gómez Abogado Liti- gante

Así mismo, las diferentes normas que contiene en este proyecto de acto legislativo, buscan el afianzamiento incluso de la Convención Americana de Derechos Humanos, en especial los artículos 1 y 2², en cuanto el Estado Colombiano se compromete a implementar las disposiciones de derecho interno, mediante acciones legislativas para hacer efectivos los derechos de las víctimas en este caso.

Por lo tanto, el Estatuto de Roma no obliga a los Estados Partes, a adoptar en su legislación interna, ni el articulado, ni las expresiones literales de su contenido, toda vez que los Estados Partes, cumplen sus obligaciones convencionales tipificando las conductas, investigando y sancionando eficazmente a los autores de crímenes internacionales, según las definiciones, formas de autoría y participación, y según las penas establecidas en las propias leyes penales internas.

² Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos

1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano.

Artículo 2. Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno

Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

En conclusión, el Estatuto de Roma es aplicable por la Corte Penal Internacional en procesos que avoque en ejercicio de su competencia subsidiaria y complementaria, y los jueces nacionales investigan y juzgan aplicando las disposiciones del derecho interno vigentes al tiempo de ejecución de las conductas punibles.

JESÚS ORLANDO GÓMEZ LÓPEZ - Abogado Litigante

El Pacto de Roma no modifica las garantías fundamentales reconocidas en la Constitución Política, ni deroga o modifica las leyes internas

Con ocasión del Acuerdo Final para la Paz suscrito el pasado 24 de noviembre de 2016 entre el Gobierno Nacional y las Farc-EP, y el trámite en el Congreso de la República del Proyecto de Acto Legislativo 02 de 2016 que crea la Jurisdicción Especial Para la Paz (JEP), se ha desatado una polémica de rivetes jurídicos y políticos sobre la presunta obligación que tendría el Estado de transcribir en su legislación interna las normas del Pacto de Roma, aprobado por Ley 742 de junio de 2002, y que entró en vigencia el 1 de noviembre de 2002 para crímenes de lesa humanidad, y el 1 de noviembre de 2009 respecto de crímenes de guerra.

Recientemente la Fiscal de la Corte Penal Internacional Fatou Bensouda se ha pronunciado en la revista "Semana", manifestando que *observa con preocupación que la versión final del Acuerdo de Paz no contiene una referencia expresa al artículo 28 del Estatuto de Roma, que define la "responsabilidad de los jefes militares y civiles por crímenes de sus subordinados, señalando que a su juicio "la definición que adopten en última instancia los legisladores tendrá que ajustarse plenamente a la definición establecida en el Estatuto de Roma"*.

Por nuestra parte, vemos también con preocupación, que el pronunciamiento de la Fiscal conduce al manifiesto desconocimiento de las garantías fundamentales e inalienables que el artículo 29 de la Carta Política reconoce a todo acusado, a ser juzgado con aplicación de las leyes preexistentes al acto que se imputa, y a la no aplicación retroactiva de la ley penal desfavorable. Y no obstante que la señora Bensouda dice ser consciente de que "Colombia incorporaba por primera vez en su legislación interna una definición de responsabilidad de mando" que permite acusar a un comandante por delitos cometidos por sus subordinados, pretende que el Congreso de la República redacte una definición sobre responsabilidad del mando que reproduzca "plenamente" el contenido del artículo 28 del Estatuto de Roma, a fin de aplicarla retroactivamente a conductas cometidas años y aún décadas antes de su aprobación. Tal pretensión debe rechazarse con toda firmeza, pues en un Estado de derecho ninguna persona puede ser procesada por "transgredir" leyes que no existían al tiempo de los hechos.

De aceptarse la pretensión de la Fiscal, implicaría reconocer que el artículo 29 de la Carta Política, que reglamenta el núcleo esencial e irreductible de las garantías judiciales institucionalizadas por el *constituyente primario*, habría sido *tácitamente* modificado por la Asamblea de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas, cuando en julio de 1998 adoptó en Roma el Estatuto de la Corte Penal Internacional, reforma que se habría cumplido sin

que se hubiese surtido ninguno de los procedimientos previstos en el artículo 374 de la Carta¹ para su modificación.

Y si se pretende invocar la obligatoriedad del artículo 28 del ECPI, argumentando que se trata de una norma de *derecho consuetudinario* existente antes que el Pacto de Roma, debe responderse que según la doctrina universal, una norma es de derecho consuetudinario cuando se cumplen dos condiciones: (i) el uso reiterado y extendido de la norma (*usus*); y (ii) que la norma sea aceptada como obligatoria (*opinio juris*).² Ninguno de las dos condiciones se cumple en el caso de Colombia, pues desde la fundación de la República por nuestros libertadores, nunca se ha existido una *práctica usual y sostenida de derecho penal consuetudinario, ni se ha reconocido obligatoriedad a tales normas*. La definición de los delitos y las penas, las formas de autoría y participación se han regido siempre por la exigencia constitucional de ley penal previa, escrita, estricta y cierta (Art. 26 Constitución Política de 1886, artículo 29 Constitución de 1991). Por tanto, no resulta congruente con la Constitución Política juzgar a los colombianos aplicando las costumbres de otras naciones, pues la norma consuetudinaria debe serlo también en el país donde se pretende su aplicación. Y menos puede invocarse la obligatoriedad del derecho penal consuetudinario, cuando el mismo Pacto de Roma en su artículo 21 *optó expresamente por un derecho penal escrito o convencional como fuente principal de derecho penal internacional*.

La exigencia de la Fiscal Bensouda es tanto más inaceptable, si se recuerda que la competencia de la Corte Penal Internacional, como las disposiciones del Estatuto de Roma, tienen naturaleza *subsidiaria o complementaria* de las jurisdicciones penales nacionales³, y que este sistema de justicia internacional tiene como presupuesto básico que quienes investigan y juzgan con aplicación de sus propias leyes penales, son las autoridades judiciales del país donde se ha cometido el crimen (Párrafo, arts. 1, 80, 88 ECPI); de otra parte, la Corte Penal Internacional solo interviene subsidiariamente, cuando las autoridades del Estado no quieren, no pueden investigar o no lo hacen en forma independiente o imparcial, (art. 17 ECPI).

¹Recordando que es deber de todo Estado ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de los crímenes internacionales" (E.R. Párrafo, párrafo seis)

²Art. 80. El Estatuto, la aplicación de penas por los países y la legislación nacional
Nada de lo dispuesto en la presente parte se entenderá en perjuicio de la aplicación por los Estados de las penas prescritas por su legislación nacional, ni de la legislación de los Estados en que no existan las penas prescritas en la presente parte."

³Sobre los alcances del Estatuto de Roma y su relación con el derecho penal interno, en procura de evitar que se impongan algunas afirmaciones que resultan contrarias a nuestro

¹ Constitución Política, art. 374. "La Constitución Política podrá ser reformada por el Congreso, por una asamblea constituyente o por el pueblo mediante referendo."

² Daniel O'Donnell, Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Bogotá, 2007, p. 66.

³ Pacto de Roma, art. 21. Derecho aplicable. 1. La Corte aplicará: a) En primer lugar, el presente Estatuto, los Elementos de los Crímenes y sus Reglas de Procedimiento y Pruebas."

⁴ ECPI, Párrafo, párrafo penúltimo: "Destacando que la Corte Penal Internacional establecida en virtud del presente Estatuto será complementaria de las jurisdicciones penales nacionales".

3

Carta Política, es necesario traer al examen lo decidido y reiterado por la Corte Constitucional, cuando se pronunció sobre la constitucionalidad y límites del Pacto de Roma:

“El Estatuto de Roma está llamado a ser aplicado sólo por la Corte Penal Internacional en los procesos que ella avoque cuando ejerza su competencia subsidiaria. Las autoridades nacionales investigan y juzgan con aplicación de las leyes internas” (Corte Constitucional, sentencias C-578 de 2002³; C-801 de 2009⁴; C-290 de 2012).

Las disposiciones del Estatuto de Roma surten efectos dentro del ámbito de la competencia de la Corte Penal Internacional. “Las disposiciones en él contenidas no reemplazan ni modifican las leyes nacionales de tal manera que a quien delinca en el territorio nacional se le aplicará el ordenamiento jurídico interno y las autoridades judiciales competentes al efecto son las que integran la administración de justicia colombiana” (Corte Constitucional, sentencia C-578 de 2002; C-290 de 2012).

Y en la sentencia C-801 de 2009, reiteró y precisó la Corte Constitucional:

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

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

Según la jurisprudencia del máximo Tribunal Constitucional, las normas del Estatuto de Roma sólo son aplicables por la Corte Penal Internacional, cuando asuma competencia subsidiaria, por tanto el artículo 28 de ese Estatuto, solo cobra aplicación cuando la Corte Penal Internacional active su competencia subsidiaria. Lo jueces de la República investigan y juzgan con aplicación del Código Penal vigente al tiempo de los hechos, respetando así las garantías fundamentales de legalidad previa del delito y de la pena y de irretroactividad de la ley penal desfavorable.

Se argumentará también, que el artículo 28 del Estatuto de Roma, es obligatorio internamente por ser una norma del “bloque de constitucionalidad”. Esta manida

³ Magistrado Ponente, Manuel José Cepeda Espinoza

⁴ Magistrado Ponente, Gabriel Eduardo Mendoza Martelo

⁵ Corte Constitucional, sentencia C-801 de 2009, equibilibidad Ley 1268 de 2009 aprobatoria de Elementos de los Crímenes y Reglas de Procedimiento y Prueba.

4

afirmación que suele escucharse en ciertos medios, no es jurídicamente cierta, pues la determinación de cuáles normas de un convenio internacional hacen parte del “bloque de constitucionalidad” corresponde al examen y jurisprudencia de la Corte Constitucional. Precisamente esta Cooperación en sentencias C-1076 de 2002 y C-290 de 2012 al estudiar qué normas del Pacto de Roma hacían parte del “bloque de constitucionalidad”, señaló los artículos 6, 7, 8, 19.3, 20, 65.4, 68, 75 y 82, 4, no incluyendo en ese listado el artículo 28 del Estatuto Roma. Por lo dicho, no es cierto que el artículo 28 del Estatuto de Roma haga parte del “bloque de constitucionalidad”, y que en consecuencia, el Estado tenga la obligación de adoptarlo cuando decida definir la responsabilidad del mando.

El Congreso de la República conserva su autonomía legislativa, pues el Pacto de Roma obliga a los Estados Partes a *investigar, juzgar y sancionar las conductas constitutivas de genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y crímenes de agresión*, sin que en parte alguna imponga la obligación de adoptar o replicar en la legislación interna las normas de este Pacto. La justicia de Colombia está cumpliendo con transparencia y seriedad las obligaciones internacionales de *investigar, juzgar y sancionar* a los responsables de tales conductas, tan es así, que el “Informe sobre actividades de examen preliminar. Situación en Colombia” de 14 de noviembre de 2016, publicado por la Oficina de la Fiscalía de la Corte Penal Internacional, reconoce en el numeral 243, que *las autoridades colombianas hasta febrero de 2016, habían dictado 817 sentencias condenatorias contra 961 miembros de la Fuerza Pública por casos de falsos positivos, y que a julio de 2016, la Fiscalía General de la Nación estaba investigando 2.241 casos de ejecuciones extrajudiciales*; por tanto, no resultan consecuentes con la realidad judicial los presagios de impunidad, argumento esgrimido para presionar la libre determinación del legislador nacional.

Y para disipar cualquier duda sobre la inexistencia de la obligación de reproducir el artículo 28 del Estatuto de Roma en el sistema jurídico interno y dejar en claro su inaplicabilidad por la justicia colombiana, debe traerse a colación, que la Corte Constitucional al decidir sobre la constitucionalidad del Pacto de Roma y su relación con el derecho interno, identificó *siete (7) tratamientos diferentes* al que otorga nuestra Constitución Política, entre ellos la “responsabilidad de los jefes y otros superiores”, concluyendo, que por tratarse de tratamientos contrarios a la Constitución, por disposición del párrafo final del artículo 93 de la Carta Política⁶ (adicionado por el acto legislativo 02 de 2001), solo eran aplicables en los procesos que tramite la Corte Penal Internacional. (Corte Constitucional, sentencia C-578 de 2002, párrafo 4.5.2.2).

El contenido del artículo 28 a) del Estatuto de Roma, es *parcialmente* contrario a las garantías establecidas en la Constitución y en el Código Penal colombiano vigentes, pues permite responsabilizar al jefe militar o quien actúe efectivamente como jefe militar, por los crímenes que hubieren sido cometidos por fuerzas bajo su mando y control efectivo, en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre esas fuerzas cuando: *i) Hubiere*

⁶ Constitución Política, art. 93 párrafo final. “La admisión de un tratamiento diferente en materias sustanciales por parte del Estatuto de Roma con respecto a las garantías contenidas en la Constitución tendrá efectos exclusivamente dentro del ámbito de la materia regulada en él”.

5

subido o, en razón de las circunstancias hubiere debido saber que las fuerzas estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos”. La expresión “hubiere debido saber” permite responsabilizar a un superior militar, policial o guerrillero hasta por negligencia o descuido, pudiendo imputarse un genocidio por culpa, un crimen de lesa humanidad o un crimen de guerra por negligencia, conductas que en el derecho penal colombiano se sancionan exclusivamente en su forma intencional o dolosa. Por lo anterior, si se aprobara una norma como la que se reclama por la Fiscalía, tal disposición por ser irretroactiva no sería aplicable a los hechos criminales cometidos en el conflicto armado interno.

Lo anterior no significa que en el sistema jurídico nacional, el superior militar o civil no sea responsable por los crímenes cometidos por subordinados, pues el superior puede ser responsable a título de *autor material, como coautor, por impartir la orden criminal, por constreñir a un subordinado para que cometa el crimen (autoría mediata), por ser instigador, por actuar como cómplice o encubridor de un crimen (arts. 28, 29 y 30 Código Penal) y finalmente se puede incurrir en un delito por omisión impropia, o sea por no haber evitado el crimen cometido por sus subordinados cuando estaba obligado a evitarlo y pudiendo impedirlo no lo evita (artículo 25 Código Penal)*. Es más, la misma Corte Constitucional, tiene definido que en Colombia la responsabilidad del superior militar por crímenes cometidos por subordinados se dirime mediante la aplicación de la responsabilidad por *omisión impropia* regulada en el artículo 25 del Código Penal (sentencias SU-1184 de 2001 y C-290 de 2012), razón por la cual no tenemos necesidad de traer al juzgamiento penal interno, disposiciones que resultan contrarias a las garantías inalienables establecidas en la Constitución Política.

De otra parte, no resultan ciertas ni suficientes las afirmaciones de la Fiscalía Besouda, cuando señala que la redacción del Proyecto de Acto Legislativo que se estudia en el Congreso de la República (artículo 23) *contiene un lenguaje que podría entenderse como una limitación a la definición de responsabilidad del mando establecida en el artículo 28 del ECP, y que no es necesario probar que el comandante en cuestión ejerciera el control efectivo sobre la conducta delictiva del subordinado, y que es suficiente con que el superior haya tenido la capacidad material de prevenir o castigar los delitos cometidos por sus subordinados*.

Al respecto, es conveniente recordar que los artículos 86, 2 y 87, 3 del *Protocolo 1 Adicional a los Convenios de Ginebra*, hacen alusión al *control del superior sobre la conducta o infracción concreta del subordinado*, y que así lo ha entendido el CICR, en su “*Servicio de asesoramiento en Derecho Internacional Humanitario*”, cuando señala: “*El mecanismo de la responsabilidad de los superiores, que impone la responsabilidad penal cuando un superior omite actuar cuando tenía el deber de hacerlo, puede resumirse de la siguiente manera: se trata de un superior, es decir, de una persona que tiene autoridad con respecto a un subordinado; el superior sabía o debía haber sabido que el crimen había sido cometido o se iba a cometer; el superior tenía la capacidad para impedir la conducta criminal, y el superior no tomó todas las medidas necesarias y razonables, que estaban a su alcance, para impedir o castigar la*

conducta criminal”.

Por lo demás, de cara a un derecho penal de *culpabilidad* como el que impone el artículo 29 de nuestra Constitución, jamás será suficiente para responsabilizar a una persona la simple “capacidad material” de prevenir el hecho del subordinado o castigarlo, pues en un sistema respetuoso de la dignidad humana, es necesario que el acusado haya *podido evitar el hecho concreto, pues exigible es solo lo posible*. De otra parte, cuando la conducta criminal del subordinado se consuma fuera del área bajo la autoridad del superior, este aspecto puede adquirir efectos excluyentes de responsabilidad, pues en un ejército regular las competencias funcionales están asignadas territorialmente y más allá de ese ámbito se carece de jurisdicción para tomar ciertas medidas, desde luego sin excluir la posibilidad de responsabilidad cuando el jefe sabía que se iba a cometer el crimen.

Tampoco puede tratarse como imperativo el fallo proferido en Primera Instancia por la CPI, contra el señor *Jean-Pierre Bemba*, pues para la época de los hechos a él imputados, hacía parte de una organización armada irregular, por tanto no tenía las limitaciones funcionales atinentes a las áreas de mando o jurisdicción como sí existen en el Ejército regular de un Estado.

Según lo expresado por la Corte Suprema de Justicia en sentencia de noviembre de 2007, radicado 28.017, uno de los elementos esenciales del delito doloso de omisión es la capacidad de evitación: “*Posibilidad de realizar la acción debida, esto es, que el sujeto esté en posibilidad de evitar el resultado o aminorar el riesgo a través de la acción debida para lo cual debe tener i) conocimiento de la situación típica, esto es, que el resultado se va a producir, ii) tener los medios necesarios para evitar el resultado, iii) contar con la posibilidad de utilizarlos a fin de evitar el resultado”*.

Pero además, el pronunciamiento de la señora Besouda, pasa por alto que en Colombia se está creando un sistema de *justicia transicional*, que se inspira en la necesidad de procurar un tránsito inercial y consensuado de la guerra a la paz, lo cual hace necesario sacrificar estándares de justicia para lograr la reconciliación y el bien superior de la paz. Por tanto, implimentar con lo pide la funcionaria internacional, estándares de justicia contrarios a nuestro sistema legal y judicial y que no hacen parte del sistema transicional como el Pacto de Roma, haría inviable el proceso de paz.

Por lo antes expresado, no puede pretender la Fiscalía Besouda “apoyar el proceso de paz” de los colombianos, exigiéndonos el público desconocimiento de las garantías constitucionales fundamentales, como el *derecho a ser juzgados con aplicación de las leyes penales preexistentes al acto que se imputa, núcleo axiológico de nuestra Carta Política, sobre el cual se afianza el principio de dignidad humana y la justicia penal*.

Bogotá, febrero de 2017

⁷ Ver <http://www.icrc.org/spa/resources/document/s/publication/custom.htm>

6

– Doctora Sandra Sofía Chacón Abogada Litigante

– Doctor John Fernando Vásquez Orjuela Subdirector de Defensa Técnica Defensoría Militar

PONERENCIA RELACIONADA CON REGLAS OPERACIONALES
ARTÍCULO 21 TRANSITORIO

NOMBRE: SANDRA SOFÍA CHACÓN JIMENEZ
CC: 51 837 737 DE BOGOTÁ
TELÉFONO: 3204223654
CORREO ELECTRÓNICO: sandrachacon11@yahoo.com

Señala el artículo transitorio 21 “CALIFICACION JURIDICA DE LA CONDUCTA EN LA JURISDICCION ESPECIAL PARA LA PAZ:” – EN LA VALORACION DE LA CONDUCTA DE LOS MIEMBROS DE LA FUERZA PUBLICA, TAMBIEN SE TENDRAN EN CUENTA LAS REGLAS OPERACIONALES VIGENTES AL MOMENTO DE LA COMISION DEL HECHO, SIEMPRE QUE NO SEAN CONTRARIAS A LA NORMATIVIDAD LEGAL.”

Con este artículo se está brindando GARANTÍA JURÍDICA a los miembros de la Fuerza Pública al elevar a RANGO CONSTITUCIONAL que para la valoración de la conducta que realice la JEP se tendrán en cuenta LAS REGLAS OPERACIONALES. De hecho, ha de señalarse que estas REGLAS OPERACIONALES ya tienen sustento jurídico en el DECRETO 1070 DE 2015 por medio del cual se expidió el REGLAMENTO UNICO DEL SECTOR ADMINISTRATIVO DE DEFENSA.

Esta norma firmada y ratificada por el señor Presidente de la República, Doctor JUAN MANUEL SANTOS, en su artículo 2.2.1.2.1.4 señaló lo siguiente:

“...DERECHO OPERACIONAL EN CONCORDANCIA CON EL PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD CONSAGRADO EN EL ARTICULO 3 DE LA LEY 1698 DE 2013, SE ENTIENDE POR EL DERECHO OPERACIONAL LA INTEGRACION DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES RATIFICADOS POR COLOMBIA, LA LEGISLACION NACIONAL Y LA JURISPRUDENCIA EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS Y DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO AL PLANEAMIENTO, EJECUCION Y SEGUIMIENTO DE LAS OPERACIONES, OPERATIVOS Y PROCEDIMIENTOS DE LA FUERZA PUBLICA”

Queda así demostrado de manera contundente que EL DERECHO OPERACIONAL A LA FECHA SI TIENE UN RESPALDO JURÍDICO. De hecho, el Decreto 124 de 2014 también puso de relieve que se entiende por DERECHO OPERACIONAL LA INTEGRACION DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES RATIFICADOS POR COLOMBIA, LA LEGISLACION NACIONAL Y LA JURISPRUDENCIA EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS Y DIH AL PLANEAMIENTO, EJECUCION

Y SEGUIMIENTO DE LAS OPERACIONES, OPERATIVOS Y PROCEDIMIENTOS DE LA FUERZA PÚBLICA.

En el derecho operacional se establecen las directrices, objetivos estratégicos, reglas de enfrentamiento, uso de la fuerza que en materia de Derechos humanos y Derecho Internacional Humanitario, sirven como políticas públicas para su respeto y garantía que corresponde a las Fuerzas Militares y a la Policía Nacional en desarrollo de misión constitucional.

Colombia ha enfrentado un conflicto armado de carácter no internacional, asimétrico, que ha impuesto a las fuerzas militares el uso de la fuerza, o estrategias de combate ampliamente reguladas por un amplio marco normativo cuyo respeto es de obligatorio para todos sus miembros. Por eso el derecho operacional es una disciplina jurídica, transversal, que busca a través de normas nacionales, internacionales, de normas estratégicas, políticas estatales y señalamientos jurisprudenciales, proporcionar a la fuerza pública el soporte legal para cada una de las etapas de la operación militar. Lo anterior con el fin de brindar seguridad jurídica, legalidad, humanidad, análisis e inteligencia a las fuerzas militares y de policía nacional en cumplimiento de su mandato constitucional dentro del contexto de su especialidad.

En otras palabras, es el derecho que fluye en torno a las estrategias, a la planeación, preparación, ejecución y evaluación de las operaciones, misiones o tareas cumplidas. Es la LEX ARTIS DEL MILITAR, ES LA GUIA DE SU COMPORTAMIENTO EN DESARROLLO DE LAS OPERACIONES MILITARES. Las que están revestidas de legalidad y legitimidad en todas sus actuaciones. El propósito fundamental de estas reglas operacionales es regular los conceptos, criterios y procedimientos que en situaciones de combate irregular debieron aplicar los miembros de la Fuerza Pública en el planeamiento, conducción y ejecución de las operaciones militares. Y así debe ser entendido y valorado por todos ustedes.

De tal manera, que no debe existir preocupación que la Jurisdicción Especial para la Paz en la valoración de la conducta de los miembros de la fuerza pública, tenga en cuenta las reglas operacionales vigentes al momento de la comisión del hecho, pues con éstas no se está creando impunidad, por el contrario, con estas reglas se establecen los elementos de legalidad para adelantar las operaciones militares y de policía. Con ellas, se está determinando que el uso de la fuerza debe estar sujeto al imperio de la Ley, que existe el deber de mantener las condiciones de seguridad, que en la conducción de hostilidades corresponde el desarrollo de operaciones militares en el marco del DIH, la prohibición de ataques indiscriminados, protección a la población y bienes civiles, entre otros.

Por su parte, la Corte Constitucional en sentencias T 228 DE 1994, T – 102 de 1993 ha señalado entre otros aspectos lo relacionado con el conflicto armado interno y la necesidad de protección por parte del Estado. Por eso a un militar no se le puede exigir a no utilizar las armas del Estado, el Militar se le debe exigir el cumplimiento de su misión constitucional y legal, a través del derecho operacional; razón por la cual tendríamos un gravísimo problema si se desconocen las normas para juzgar a los militares, como si se tratase de un derecho penal del enemigo, olvidando que Colombia hace más de 50 años, viene siendo un país en guerra.



DEFENSORIA MILITAR
“Las Batallas LEGALES. también las LUCHAMOS JUNTOS.”

Bogotá D.C., 10 de febrero de 2017

Doctor
GUILLERMO LEÓN GIRALDO GIL
Secretario Comisión Primera Senado de la República
L.C.-

Ref. Solicitud de intervención a Audiencia Pública JEP

Respetado Doctor Giraldo Gil:

En mi calidad de Director Ejecutivo de la Defensoría Militar, me dirijo a Usted con el fin de solicitarle un espacio en la Audiencia Pública que se celebrará en esa Comisión Permanente Constitucional sobre la Jurisdicción Especial para la Paz, a efecto de dar a conocer la posición de esta Corporación de defensa judicial de miembros del Ejército Nacional frente a la eventual aprobación del Acto Legislativo que la incorpora y la regula en nuestro ordenamiento jurídico.

Como entidad de carácter privado, con más de dos décadas de experiencia en el litigio penal, contencioso administrativo, disciplinario y fiscal en procesos seguidos en contra los militares colombianos, vemos la oportunidad de contribuir en el debate de tan importante reforma constitucional.

El delegado de esta Corporación es el Doctor JOHN FERNANDO VÁSQUEZ ORJUELA, identificado con cedula de ciudadanía 7.549.879 de Armenia (Q), actual Subdirector de Defensa Técnica de la Defensoría Militar.

Cordialmente,

Mayor General HERNANDO ALONSO ORTIZ RODRÍGUEZ
Director General Ejecutivo Defensoría Militar

Oficina principal Bogotá D.C. Calle 30 C No. 44-30 Puente Aranda
Teléfono 5702525-5702869 Fax : 337-98-81 Celular 3208315823 NIT: 830.018.607.0
E-mail: defensoriamilitar@gmail.com – Página Web: www.defensoriamilitar.org

Recibido
03/03/17
12:11 p.m.

Audiencia pública Audiencia Especial para la Paz
Comisión Permanente del Senado de la República
14 febrero de 2017

IMPORTANCIA DE LAS REGLAS OPERACIONALES COMO FUENTE DE INTERPRETACION

Honorables Senadores, respetados expositores y asistentes,

Para la Defensoría Militar es una valiosa oportunidad la participación en esta audiencia pública, en la medida en que, con base en una experiencia litigiosa acumulada de más de dos décadas en procesos seguidos contra miembros del Ejército Nacional, le permite contribuir en la construcción y mejor entendimiento de una solución jurídica para los integrantes de la Fuerza Pública en el marco de este proceso de terminación del conflicto armado entre el Estado colombiano y las FARC.

En la actualidad, la Defensoría Militar cuenta con 65.316 afiliados miembros del Ejército Nacional, en servicio activo y de la reserva activa, de los cuales asiste jurídicamente a 9.866 en 5.022 procesos penales, disciplinarios, fiscales y contencioso administrativos. Del número total de asistidos, 7.506 corresponden a miembros del Ejército involucrados con investigaciones penales relacionados con el conflicto armado.

Debido al límite de tiempo previsto para estas intervenciones, me centraré en dos cuestiones fundamentales: la primera, relativa a la regulación de la responsabilidad del mando al interior de la Fuerza Pública y, la segunda, la concerniente a la importancia de las reglas operacionales como fuente de interpretación especial y obligatoria para los operadores de la Justicia Especial.

Tanto lo uno como lo otro se relacionan con lo previsto en el numeral 44 del capítulo sobre “Justicia” del Acuerdo suscrito entre el Gobierno Nacional y las FARC el 12 de noviembre de 2016 (Pág. 151):

44.- En concordancia con lo anterior, respecto a los agentes del Estado, se establece un tratamiento especial, simultáneo, equilibrado y equitativo basado en el Derecho Internacional Humanitario. Dicho tratamiento diferenciado valorará lo establecido en las reglas operacionales de la fuerza

DEFENSORIA MILITAR
Organización de la Sociedad Civil de la OEA
Oficina principal Bogotá D.C. Calle 30 C No. 44-30 Puente Aranda Teléfono 5702525-5702869 Fax : 337-98-81 Celular 3208315823 NIT: 830.018.607.0 E-mail: defensoriamilitar@gmail.com – Página Web: www.defensoriamilitar.org

Audiencia pública Audiencia Especial para la Paz
Comisión Promotora del Tratado de la República
14 febrero de 2017

pública en relación con el DIH. En ningún caso, la responsabilidad del mando podrá fundarse exclusivamente en el rango, la jerarquía o el ámbito de jurisdicción. La responsabilidad de los miembros de la fuerza pública por los actos de sus subordinados deberá fundarse en el control efectivo de la respectiva conducta, en el conocimiento basado en la información a su disposición antes, durante y después de la realización de la respectiva conducta, así como en los medios a su alcance para prevenir, y de haber ocurrido, promover las investigaciones procedentes. (...)

Tal cual se observa, las partes de la negociación optaron por una definición propia de la responsabilidad de los Comandantes militares y superiores policiales por las acciones de los funcionarios bajo su mando, basada en la prohibición expresa de la responsabilidad por estructura, esto es, la fundada en la mera posición jerárquica o ámbito de jurisdicción asignada. En efecto, el Gobierno Nacional y las FARC han previsto como eje de la responsabilidad del mando militar y policial **el control efectivo sobre la conducta** de sus subordinados, por lo que NO basta con la simple relación de subordinación para atribuirles responsabilidad penal por hechos de estos.

Contrario a lo que equivocadamente algunos sectores de opinión alegan, la responsabilidad del mando en estructuras legales jerarquizadas, como las Fuerzas Militares y la Policía Nacional, no puede constituirse como una fórmula que facilite la imputación de responsabilidad a los superiores por toda clase de conductas cometidas por sus subordinados. Tanto en la jurisprudencia de los Tribunales penales internacionales como en la de nuestra Corte Suprema de Justicia, ha quedado claro, a partir de la proscripción de la responsabilidad objetiva en materia penal, que la determinación de la responsabilidad de los comandantes militares y superiores policiales atiende a una construcción compleja, que va más allá de la simple posición de jerarquía.

En el connotado caso **CELEBICI**, el Tribunal Penal para la ex Yugoslavia advirtió que la responsabilidad del mando tiene 3 elementos: 1) la existencia de la cadena

DEFENSORÍA MILITAR
Organización de la Sociedad Civil de la OEA
Oficina principal Bogotá D.C. Calle 26 C No. 46-30 Puente Aéreo, Teléfono: (57) 01 253 570299 Fax: (57) 01 49 81 Ciudad 336019822 322.
E: 33.633.637 E-mail: defensoriamilitar@gmail.com - Página Web: www.defensoriamilitar.org

Audiencia pública Audiencia Especial para la Paz
Comisión Promotora del Tratado de la República
14 febrero de 2017

de mando; 2) la capacidad de dar órdenes e imponer sanciones; y 3) el control efectivo sobre las **acciones** de los subordinados. Sobre este último elemento, dicho Tribunal consideró que el "mando efectivo" corresponde a la capacidad real, efectiva, que el superior puede y debe ejercer sobre sus tropas a efecto de imponer órdenes y sanciones.

En el caso *Safer Halilovic* (Fallo del 16 de noviembre de 2005) este mismo Tribunal afirmó que "el factor determinante para la posición de comandante es la posesión o no posesión de poderes de control sobre las acciones de los subordinados". Esto ya había sido afirmado en el caso y *Clement Kayishema* (Fallo del 21 de mayo de 1999); en esta oportunidad, este Tribunal consideró que "esta habilidad material para controlar las acciones de los subordinados es el eje principal de la responsabilidad individual (...)". Claramente, esta posición de la Jurisprudencia penal internacional, varió tesis como la esgrimida por el Tribunal de Tokio en los casos del Teniente General Matsui y el General Yamashita.

La Defensoría Militar debe resaltar que la jurisprudencia internacional más reciente derivada de la resolución de casos que involucran la responsabilidad de mando en organizaciones legales, jerarquizadas, hace énfasis en que su fundamento está en el control efectivo del superior sobre las acciones, la conducta, del subordinado, y no en la simple posición jerárquica que se ostenta. Quiere decir esto, ni más ni menos, que la determinación de la responsabilidad del mando debe fundamentarse en la capacidad material de prevenir o castigar la conducta criminal de los subordinados; esto supondrá, desde luego, el conocimiento preciso de la comisión de la conducta y la capacidad real de imponer correctivos.

Insisto, la jurisprudencia internacional en esta materia finca la responsabilidad del superior en el dominio de la conducta de los subordinados, no en la simple superioridad estructural o formal.

Esto no es extraño a lo razonado por la jurisprudencia colombiana. Recientemente, en sentencia del 12 de octubre de 2016, radicado 46.604, la Sala Penal de la Corte

DEFENSORÍA MILITAR
Organización de la Sociedad Civil de la OEA
Oficina principal Bogotá D.C. Calle 26 C No. 46-30 Puente Aéreo, Teléfono: (57) 01 253 570299 Fax: (57) 01 49 81 Ciudad 336019822 322.
E: 33.633.637 E-mail: defensoriamilitar@gmail.com - Página Web: www.defensoriamilitar.org

Audiencia pública Audiencia Especial para la Paz
Comisión Promotora del Tratado de la República
14 febrero de 2017

Suprema de Justicia afirmó que la atribución de responsabilidad penal teniendo en consideración el sólo cargo ocupado y la condición de superioridad de un funcionario, sin analizar los pormenores de los acontecimientos, conduciría a aplicar una forma de responsabilidad objetiva, proscrita por el artículo 12 del código penal colombiano. Esto es absolutamente diferente a lo que ocurre con la responsabilidad de superiores en organizaciones o estructuras ilegales, como claramente lo afirmó la Corte Suprema de Justicia en la condena a los miembros del Comando Central del ELN por la masacre de Machuca en 1998 (Sentencia del 7 de marzo de 2007, Rad.23.825, páginas 69 a 73).

Por estas breves razones, aunado a la inexistencia de un deber jurídico de incorporar al ordenamiento interno normas que integran cuerpos normativos como el Estatuto de Roma, la Defensoría Militar aplaude la redacción propia de la responsabilidad del mando en la Fuerza Pública, que hace este Proyecto de Acto Legislativo. Consideramos que la misma respeta lo pactado entre el Gobierno y las FARC, como marco referencial, y la proscripción constitucional y legal de la responsabilidad objetiva en materia penal.

Asimismo, para la Defensoría Militar el hecho de que este Proyecto reconozca a las reglas operacionales de la Fuerza Pública, contenidas en manuales, reglamentos, directivas e instructivos, valor vinculante para la calificación jurídica de las conductas y la determinación de la responsabilidad por parte de los operadores de la Justicia Especial para la Paz, representa un acierto de la mayor importancia. Lo primero que se debe recordar es que, como ya dijo antes, esta previsión en el Proyecto corresponde a un aspecto expresamente pactado en el acuerdo que firmaron el Gobierno Nacional y las FARC, tal cual consta en el numeral 44, página 151, por lo que no puede ser desconocido en cualquier desarrollo legislativo o actividad interpretativa que se haga de este punto.

Advertido esto, consideramos fundamental que TODOS los operadores judiciales, y no sólo los de la Justicia Especial, a la hora de examinar la legalidad de una

DEFENSORÍA MILITAR
Organización de la Sociedad Civil de la OEA
Oficina principal Bogotá D.C. Calle 26 C No. 46-30 Puente Aéreo, Teléfono: (57) 01 253 570299 Fax: (57) 01 49 81 Ciudad 336019822 322.
E: 33.633.637 E-mail: defensoriamilitar@gmail.com - Página Web: www.defensoriamilitar.org

Audiencia pública Audiencia Especial para la Paz
Comisión Promotora del Tratado de la República
14 febrero de 2017

operación militar o de un operativo policial y determinar las correspondientes responsabilidades, deban tener en consideración las reglas específicas que regulan el planeamiento, ejecución y evaluación de las diferentes operaciones militares y operativos de Policía. Lamentablemente, la práctica judicial tiende generalmente a desconocer el carácter vinculante de estas reglas operacionales; jueces y fiscales, suplen dicho vacío con conceptos y normas incompatibles con las que regulan la conducción de hostilidades, como por ejemplo el diferente contenido que se le asigna a principios de la guerra como el de la proporcionalidad o la necesidad.

Si bien el Derecho Internacional Humanitario contiene normas que orientan el comportamiento de quienes participan en las hostilidades, como las que integran el Derecho de La Haya y el Derecho de Ginebra, estas no regulan en concreto la forma en que las operaciones militares deben ser planeadas y ejecutadas. Por esta razón, es tarea de los Estados adoptar normas propias, de diferente jerarquía jurídica, que desarrollen específicamente esas reglas genéricas contenidas en dicho cuerpos normativos internacionales ratificados por Colombia y que, en todo caso, hacen parte de lo que se conoce como *ius cogens*.

En Colombia, el valor jurídico de las reglas operacionales de la Fuerza Pública, como fuente de regulación e interpretación, no es un asunto que este Congreso apenas se discute en el trámite de este Proyecto de Acto Legislativo.

Entre los años 2011 y 2012, cursó hasta el tercer debate el proyecto de ley 166/11CAMARA – 19/11SENADO, por primera vez introducía en nuestro ordenamiento el término "Derecho Operacional" para identificar al conjunto de normas internacionales, constitucionales, legales y reglamentarias que regulan el uso de la fuerza por parte de las Fuerzas Militares y la Policía Nacional en desarrollo de sus operaciones u operativos.

Apenas un par de años después, en desarrollo de la reforma al Fuero Penal Militar, se debatió y aprobó el proyecto de ley estatutaria "por la cual se establecen reglas para la investigación, acusación y juzgamiento de los miembros de la Fuerza Pública

DEFENSORÍA MILITAR
Organización de la Sociedad Civil de la OEA
Oficina principal Bogotá D.C. Calle 26 C No. 46-30 Puente Aéreo, Teléfono: (57) 01 253 570299 Fax: (57) 01 49 81 Ciudad 336019822 322.
E: 33.633.637 E-mail: defensoriamilitar@gmail.com - Página Web: www.defensoriamilitar.org

– Doctora Luz Stella Aponte

Asamblea Política Justicia Especial para la Paz
Corte Suprema del Poder Judicial de la República
14 febrero de 2017

en el marco del derecho internacional humanitario aplicable en situaciones de hostilidades, se tipifican algunas conductas y se dictan otras disposiciones”. En esta ley no sólo se pretendía la armonización del DIH y el Derecho Penal interno sino además reconocer en las reglas operacionales de la Fuerza Pública una fuente de interpretación válida y obligatoria para los operadores judiciales, en razón a que constituían el desarrollo del Derecho aplicable a los conflictos armados.

Finalmente, en la ley 1765, por la cual se reestructura la Justicia Penal Militar y Policía¹, se le reconoce al Derecho Operacional la misma entidad y jerarquía que otras vertientes del derecho público, como el derecho probatorio, el derecho penal, entre otros.

Valga decir e insistir en que el reconocimiento de valor vinculante de las reglas operacionales de la Fuerza Pública para la calificación de las conductas y la determinación de las responsabilidades, como ocurre con los protocolos o normas de procedimiento de otras profesiones, como la medicina, es resultado lógico de entenderlas como un desarrollo de las normas generales del DIH. Desconocerle dicho valor interpretativo en la posterior valoración judicial de los resultados de la operación, en la generalidad de los casos conlleva a decisiones injustas. El debido proceso exige que todo operador judicial involucre las reglas operacionales como fuente de obligatoria consulta al momento de la valoración de la legalidad de una operación militar y sus resultados.

Sobre el valor interpretativo de estas normas especiales o *lex artis*, como insumo para la adecuada estructuración de los tipos abiertos o en blanco característicos del derecho disciplinario, la Corte Constitucional afirmó en sentencia C-762/2008:

También es posible emplear las reglas que cada profesión tiene para su buen hacer o “Lex Artis”, porque son en su esencia cambiantes, dada la propia naturaleza renovadora de ciertas profesiones, que surge de ciertas experiencias y costumbres, del nuevo conocimiento y prácticas adquiridas, todas las cuales marcan un especial modo de actuar y entender las reglas respectivas y propias de cada ejercicio profesional.

DEFENSORÍA MILITAR
Organización de la Sociedad Civil de la OEA

Oficina principal Bogotá D.C. Calle 20 C No. 44-20 Puerto Aranda. Teléfono 575252-6122889 Fax: 571-46-61 Correo 5288219622 @CC
525252522 @E-mail: defensoriamilitar@gmail.com – Página Web: www.defensoriamilitar.org

Asamblea Política Justicia Especial para la Paz
Corte Suprema del Poder Judicial de la República
14 febrero de 2017

Por último, es igualmente necesario advertir que en caso de conflicto o tensiones entre normas, las reglas especiales que integran el Derecho Internacional Humanitario y las reglas operacionales que lo desarrollan en particular, deben prevalecer, tal como fue considerado por la Corte Internacional de Justicia en la Opinión Consultiva sobre las armas nucleares, de julio de 1996.

Muchas gracias,

CORPORACIÓN DEFENSORÍA MILITAR

DEFENSORÍA MILITAR
Organización de la Sociedad Civil de la OEA

Oficina principal Bogotá D.C. Calle 20 C No. 44-20 Puerto Aranda. Teléfono 575252-6122889 Fax: 571-46-61 Correo 5288219622 @CC
525252522 @E-mail: defensoriamilitar@gmail.com – Página Web: www.defensoriamilitar.org

Los derechos de las víctimas en el marco de un proceso de carácter adversarial de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, incluyendo la participación del Ministerio Público (artículo transitorio 11)

Reiniciar

Luz Stella Aponte
C.C.31885014

Como bien lo determina el inciso primero del artículo transitorio 11, la participación de las víctimas debe ser garantizada en las normas procesales que rijan para la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP). Lo anterior quiere decir que dicha participación debe cumplir con los estándares internacionales relevantes para Colombia como, entre otros, los principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones (Principios contra la Impunidad o Principios de Orentlicher)², y el conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad.

De acuerdo con los mencionados instrumentos, el derecho a interponer un recurso efectivo de naturaleza judicial, incluye no sólo el acceso al recurso propiamente dicho, sino la legitimación procesal amplia de las víctimas y/o sus familiares³. En este sentido, la jurisprudencia internacional, con especial relevancia la del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) ha manifestado que se debe garantizar que las víctimas y/o sus familiares, en todas las etapas del procedimiento penal (tanto investigativa como de juicio), tengan pleno acceso y capacidad de actuar; dispongan de amplias oportunidades procesales para formular sus pretensiones y presentar elementos probatorios, tanto en el esclarecimiento de los hechos y la sanción de los responsables, como en la búsqueda de una justa compensación⁴. A su vez, las pretensiones formuladas por las mismas, así como los elementos probatorios aportados por ellas en el procedimiento penal deben ser analizados de forma completa y seria por las autoridades judiciales, antes de pronunciarse sobre los hechos, las responsabilidades, las penas y las reparaciones⁵.

Adicionalmente, la Corte Constitucional en reiterada jurisprudencia⁶ ha construido una doctrina coherente sobre el ejercicio del derecho a la participación de las víctimas en el proceso penal de carácter adversarial, conluciendo entre otras cosas, que a las víctimas les asiste el derecho a intervenir y contar con tutela judicial efectiva en el proceso penal a fin de garantizar sus derechos.

“[e]l derecho de las víctimas a participar en el proceso penal, se encuentra ligado al respeto de la dignidad humana. [...] Se vulneraría gravemente la dignidad de víctimas y perjudicados por hechos punibles, si la única protección que se les brinda es la posibilidad de obtener una reparación de tipo económico. El principio de dignidad impide que el ser humano, y los derechos y bienes jurídicos protegidos por el derecho penal para promover la convivencia

¹Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución 60/147 de 16 de diciembre de 2005]

²El principio 19 de Orentlicher determina se le debe garantizar a la víctima ser “parte civil” en el proceso penal contra su victimario.

³Corte Interamericana de Derechos Humanos: Sentencia del 4 de julio de 2006, Caso Ximenes López vs. Brasil, Serie C No. 149, párr. 93; Sentencia del 1 de julio de 2006, Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia, Serie C No. 48, párr. 296; y Sentencia del 7 de junio de 2003, Caso Juan Humberto Sánchez vs. Honduras, Serie C No. 99, párr. 186.

⁴Corte Interamericana de Derechos Humanos: Sentencia del 4 de julio de 2006, Caso Ximenes López vs. Brasil, Serie C No. 149, párr. 93 y Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia, Serie C No. 48, párr. 296.

⁵Sentencias C-454 de 2005, C-477 de 2005, C-454 de 2006, C-209 de 2007, C-516 de 2007, C-250 de 2011, C-260 de 2011, C-78a de 2012, C-66 de 2014 y C-473 de 2016.

pacífica de personas igualmente libres y responsables, sean reducidos a una tasación económica de su valor. [...] El derecho de las víctimas a participar dentro del proceso penal para lograr el restablecimiento de sus derechos, tienen también como fundamento constitucional el principio participación (artículo 2, CP), según el cual las personas pueden intervenir en las decisiones que los afectan”.

De acuerdo con lo anterior, se recomienda incorporar una disposición que viabilice las condiciones materiales para que la víctima pueda participar en el proceso judicial que se adelante en el marco de la JEP y se incorpore un recurso judicial efectivo para la satisfacción de su derecho a la indemnización. En esa medida, se propone incluir un inciso en el artículo transitorio 11 así: “El Estado garantizará las condiciones materiales para que las víctimas puedan participar de los procedimientos que se desarrollen en el marco de la JEP, incluyendo la representación judicial y el acceso a información”.

De otra parte, en relación con la prohibición de participación de la Procuraduría General de la Nación en la JEP, incorporada en el artículo transitorio 11, es pertinente anotar que la misma vulnera los derechos de las víctimas y los intereses de la sociedad⁷ porque a dicha entidad le corresponde intervenir ante las autoridades judiciales o administrativas para la defensa del orden jurídico, del patrimonio público y de los derechos o garantías fundamentales⁸.

Según la jurisprudencia de la Corte Constitucional, “[...] esa posibilidad de intervención en los procesos judiciales también se desprende en forma tácita y natural de varias de las otras funciones señaladas por el mismo artículo 277 de la Carta”⁹. En efecto, al Procurador General de la Nación le corresponde vigilar el cumplimiento de la Constitución, las leyes, las decisiones judiciales y los actos administrativos (numeral 1º del artículo 277), proteger los derechos humanos y asegurar su efectividad, con el auxilio del Defensor del Pueblo (numeral 2º), defender los intereses de la sociedad (numeral 3º), así como los intereses colectivos, en especial el medio ambiente (numeral 4º).

Por consiguiente, y reiterando que uno de los ejes transversales y fundamentales del Acuerdo de Paz es la protección y garantía de los derechos de las víctimas, recomendamos al Gobierno Nacional y el Congreso de la República eliminar la prohibición de intervención de la Procuraduría General de la Nación en el marco de la JEP, en relación con la posibilidad de representar judicialmente a las víctimas.

⁶Corte Constitucional, sentencia C-228 de 2002, M.M.P.P. Manuel José Cepeda Espinosa y Eduardo Montealegre Lynett.

⁷Artículo 277 numeral 3º de la Constitución Política.

⁸Artículo 277 numeral 7º de la Constitución Política.

⁹Sentencia C-399 de 1995, M.P. Alejandro Martínez Caballero y Sentencia T-882 de 2014, M.P. María Victoria Calle Correa.

- Doctor José Luciano Sanín Vásquez Corporación Viva la Ciudadanía

Participación de las víctimas en el Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición.

Corporación Viva la Ciudadanía

José Luciano Sanín Vásquez

C.C. 71681340

Cel: 3104362816

Las garantías para la participación efectiva de las víctimas resultan ineludibles desde el punto de vista ético, porque no es posible la satisfacción de los derechos de estas sin su participación, y resultan indispensables desde el punto de vista político, porque para el logro de la legitimidad del Acuerdo se debe responder a las expectativas de las víctimas y este es el genuino entendimiento que emerge y que se enmarca en el principio de buena fe previsto en la Constitución Política, pero además expresamente indicado por el Estado al suscribir sus compromisos y atar a él su satisfacción material.

1-La incorporación explícita del principio de participación de las víctimas en todo el sistema, tal como se definió en el texto del acuerdo: "La participación de las víctimas: La discusión sobre la satisfacción de los derechos de las víctimas de graves violaciones de derechos humanos e infracciones al Derecho Internacional Humanitario con ocasión del conflicto, requiere necesariamente de la participación de las víctimas, por diferentes medios y en diferentes momentos".

2-La definición de la víctima como interviniente de los procesos que se adelantan en la justicia especial de paz.

3-Las garantías materiales y logísticas para la participación de las víctimas en los mecanismos previstos en el sistema integral de verdad, justicia, reparación y no repetición, a cargo del Estado.

4- Que se habilite la participación de las víctimas en todos estos momentos, y para ello el Estado deberá ajustar y mejorar sustancialmente los mecanismos y las garantías existentes para la participación de las víctimas (como se señala en el punto 5.1.3.7), asunto que se deberá abocar en primer lugar, consultando a las organizaciones de víctimas, de tal forma que en todo el proceso de implementación del Acuerdo Final sea efectiva tal participación.

Por otro lado, la Unidad para la Búsqueda de Personas dadas por Desaparecidas en el contexto y en razón del conflicto, es definida como una unidad especial, de alto nivel con carácter excepcional y transitorio, *con fuerte participación de las víctimas*. Y en sus funciones se estableció: "... *Garantizar la participación de los familiares de las personas dadas por desaparecidas en el contexto y en razón del conflicto armado, en los procesos de búsqueda, identificación, localización y entrega digna de restos*". (página 140)

Se hace necesario que para la garantía del goce efectivo de los derechos de las víctimas que la Unidad de Búsqueda a Personas dadas por Desaparecidas posea una autonomía legal y presupuestal que permita su funcionamiento eficaz y garantice que los derechos de las víctimas sean resarcidos por el Estado en la ubicación, identificación y entrega de los restos mortales a sus familiares (cuando el caso implique la definición de la persona) por dicha Unidad.

Señala el mencionado artículo lo siguiente:

Artículo 28. Responsabilidad de los jefes y otros superiores
Además de otras causales de responsabilidad penal de conformidad con el presente Estatuto por crímenes de la competencia de la Corte:

- a) El jefe militar o el que actúe efectivamente como jefe militar será penalmente responsable por los crímenes de la competencia de la Corte que hubieren sido cometidos por fuerzas bajo su mando y control efectivo, o su autoridad y control efectivo, según sea el caso, en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre esas fuerzas cuando:
 - i) Hubiere sabido o, en razón de las circunstancias del momento, hubiere debido saber que las fuerzas estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos; y
 - ii) No hubiere adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir su comisión o para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento.
- b) En lo que respecta a las relaciones entre superior y subordinado distintas de las señaladas en el apartado a), el superior será penalmente responsable por los crímenes de la competencia de la Corte que hubieren sido cometidos por subordinados bajo su autoridad y control efectivo, en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre esos subordinados, cuando:
 - i) Hubiere tenido conocimiento o deliberadamente hubiere hecho caso omiso de información que indicase claramente que los subordinados estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos;
 - ii) Los crímenes guardaren relación con actividades bajo su responsabilidad y control efectivo; y
 - iii) No hubiere adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir su comisión o para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento.

Sin embargo, el proyecto de acto legislativo señala que se entenderá que existe mando y control efectivo del superior cuando se presentan cuatro situaciones concurrentes³. Al respecto, es importante señalar que las condiciones establecidas en el Derecho Penal Internacional para establecer la responsabilidad de mando, si bien han sido objeto de diversos pronunciamientos y definiciones, no han fijado criterios concurrentes para definir la existencia de mando y control efectivo como se está planteando en el artículo objeto de análisis. Dicha concurrencia promueve la impunidad de ciertas conductas en las que los responsables cumplen con las condiciones establecidas en el artículo 28 del Estatuto de Roma, pero no todas las mencionadas en el proyecto normativo. Así las cosas, estamos frente a la limitación de la aplicación de las disposiciones del Estatuto de Roma, lo que activaría la jurisdicción de la Corte Penal Internacional.

Por las razones expuestas le sugerimos respetuosamente al H. Senado y a la Cámara de Representantes que para promover los derechos de las víctimas y el cumplimiento del derecho internacional depure el contenido del proyecto de acto legislativo, de acuerdo con los análisis y las sugerencias efectuadas. Asimismo, los alentamos para que continúen el debate sobre la obligación de respetar, proteger y garantizar los derechos humanos, incluyendo la investigación y juzgamiento de las conductas cometidas por miembros de la Fuerza Pública en el marco del conflicto armado interno, la cual ha

³ Que la conducta o las conductas punibles hayan sido cometidas dentro del área de responsabilidad asignada a la unidad bajo su mando según el nivel correspondiente y que tengan relación con actividades bajo su responsabilidad; que el superior tenga la capacidad legal y material de emitir órdenes, de modificarlos o de hacerlos cumplir; que el superior tenga la capacidad efectiva de desarrollar y ejecutar operaciones dentro del área donde se cometieron los hechos punibles, conforme al nivel de mando correspondiente; y que el superior tenga la capacidad material y directa de tomar las medidas adecuadas para evitar o reprimir la conducta o las conductas punibles de sus subordinados, siempre y cuando haya de su parte conocimiento actual o actualizable de su comisión.

- Doctor Juan Carlos Ospina Comisión Colombiana de Juristas

Las reglas operacionales como fuente del derecho (artículo transitorio 19 y 21) y la responsabilidad de mando de acuerdo con el artículo 28 del Estatuto de Roma (artículo transitorio 21)

Comisión Colombia de Juristas

Juan Carlos Ospina
C.C. 1053775609

El proyecto presentado pretende incorporar las reglas operacionales para la calificación jurídica propia respecto de conductas objeto del mismo por parte de la JEP y, adicionalmente, establecer que para la determinación de la responsabilidad de mando en el caso de miembros de la fuerza pública se aplicarán las reglas operacionales, en el mismo nivel que el Código Penal Colombiano y el Derecho Internacional Humanitario.

Además, presumiendo lo contrario, el artículo transitorio 21 señala que las reglas operacionales son aplicables siempre que no sean contrarias a la normatividad legal. Lo anterior, obvia que es absolutamente necesario que los documentos internos de las fuerzas militares, como manuales operacionales, de procedimiento u otros, sin que esto signifique que puedan ser aplicadas como instrumentos jurídicos, siendo exclusivamente parte de la doctrina militar, se sujeten no solo a la normativa interna vigente sino al derecho internacional, en especial al derecho internacional de los derechos humanos y al derecho internacional humanitario, los cuales son convergentes y complementarios.

Adicionalmente, el proyecto normativo excluye la aplicación de las normas y estándares del Derecho Internacional de los Derechos Humanos como los Principios relativos a una eficaz prevención e investigación de las ejecuciones extrajudiciales, arbitrarias o sumarias (Principio 19); los Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por los Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley (Principio 24); el Conjunto de principios actualizados para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad (Principio 27.b); y la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas (artículo 6.1); para efectos de determinar la responsabilidad del mando en el caso de los miembros de la Fuerza Pública

Dicha exclusión vulnera diversos pronunciamientos de la Corte Constitucional⁴ en relación con la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos sobre el fuero penal militar. La Corte decidió en la sentencia C-084 de 2016⁵ que el acto legislativo 01 de 2015 (fuero penal militar) es exequible aclarando en todo caso que el derecho internacional de los derechos humanos debe servir como marco de referencia para evaluar las conductas punibles de los miembros de fuerza pública. El proyecto normativo también excluye la aplicación del Derecho Penal Internacional, lo cual carece de justificación y no es concordante con lo establecido en el artículo transitorio 5.

Por su parte, el Estatuto de Roma incorporado al ordenamiento jurídico mediante la Ley 742 de 2002, declarada exequible por la Corte Constitucional en la C-578 de 2002, establece en el artículo 28 las condiciones para determinar cuando el jefe militar o quien actúe efectivamente como tal será penalmente responsable al no ejercer un control apropiado sobre las fuerzas; y cuando el superior será responsable por conductas cometidas por sus subordinados bajo su autoridad y control efectivo, en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre aquellos.

sido establecida por la Corte Constitucional como eje definitorio y pilar esencial de nuestra Constitución⁶.

⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-79 de 2013. Magistrado ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.
⁵ Magistrado ponente: Luis Ernesto Vargas Silva.

⁶ Sentencias C-579 de 2013, C-577 de 2014 y C-084 de 2016.

– Doctor William Rozo CINEP

Rango constitucional y autonomía de la Unidad de Búsqueda de Personas dadas por Desaparecidas, en adelante UBPD (artículo transitorio 3) CINEP

William Rozo
C.C. 8191786
CEI: 3108164346

Como lo ha manifestado la Mesa de Trabajo sobre Desaparición Forzada de la Coordinación Colombia Europa Estados Unidos, es fundamental la creación de un organismo con autonomía e independencia para llevar adelante todo lo relacionado con la búsqueda, identificación y entrega digna de las personas dadas por desaparecidas satisfaciendo los derechos de las víctimas¹.

En esa medida, mientras el proyecto de acto legislativo otorga a la Comisión la calidad de "ente autónomo", de conformidad con el inciso segundo del artículo 113 de la Constitución Política, a la UBPD le asigna la calidad de "ente" y se indica que la ley reglamentará su naturaleza jurídica. Teniendo en cuenta que el artículo 40 de la Ley 489 de 1998 señala que se sujetarán a las disposiciones que para ellas establezcan las respectivas leyes las entidades y organismos con régimen especial otorgado por la Constitución², no podría una ley reglamentaria otorgar régimen especial a la UBPD sin que la Constitución la haya otorgado.

En esa medida, dada la finalidad de la UBPD es necesario que en el marco del proyecto objeto de análisis se otorgue la autonomía necesaria, conforme al artículo 113 de la Constitución, para el cumplimiento de su objetivo³, contando con una regulación legal propia, careciendo de subordinación ante otras entidades y, en esa medida, sin limitación en sus decisiones por parte de la entidad del sector central de la administración a la que tuviera que ser vinculada o adscrita.



HERNÁN ECHAVARRÍA OLÓZAGA



PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN

que regirá la jurisdicción en los eventos en los que se surta un proceso contradictorio. También es necesario aclarar su relación con el Secretario Ejecutivo, que podría o no ser su subalterno⁴.

- **Régimen disciplinario.** Se sugiere precisar cuál será el régimen aplicable a los funcionarios de la JEP, o en su defecto señalar que este será definido por la ley, puesto que en el Artículo Transitorio 13 se establece que el *régimen disciplinario* de los magistrados de la JEP será el previsto por la ley para "magistrados y jueces de otras jurisdicciones"; fórmula que resulta ambigua, pues el régimen disciplinario aplicable a los magistrados de las Altas Cortes no es el mismo que tienen los demás jueces de la República.
 - **Prohibir la práctica de la puerta giratoria.** Se debe incluir a los magistrados de la JEP dentro del listado de funcionarios a los que se les prohíbe la *puerta giratoria*⁵ incluida en el Acto Legislativo de Equilibrio de Poderes. No existe razón suficiente que justifique su exclusión de la inhabilidad que tienen los magistrados de las demás Altas Cortes.
 - **Meritocracia y veeduría ciudadana del proceso de selección de los funcionarios de la JEP.** La autoridad y credibilidad del *Comité de Esegencia*, que tendrá a su cargo la conformación de los distintos órganos que integran el Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición, influirá en la legitimidad y estabilidad del Sistema en su conjunto. Por ello las reglas que regirán su funcionamiento y responsabilidades, y la creación de mecanismos de rendición de cuentas y de veeduría ciudadana, revisten la mayor importancia y deben garantizar el escrutinio de la idoneidad, probidad e integridad de los funcionarios nominados.
- Sugerimos incluir criterios de publicidad, transparencia, participación, equidad de género y mérito sean tenidos cuenta en las nominaciones de magistrados y funcionarios de la JEP. Además, los magistrados deberán contar con conocimiento del DIH, los Derechos Humanos o la resolución de conflictos, requisitos que se encuentran previstos en el Acuerdo y que consideramos adecuados para las funciones que desempeñarán. La experiencia en derecho penal también debería ser incluida como uno de los criterios preferentes.

2. Aspectos de competencia y rendición de cuentas

¹ En el Estatuto de Roma, por ejemplo, se establece que expresamente que la Secretaría ejerce sus funciones bajo la autoridad del Presidente de la Corte.

² De acuerdo con el Artículo 126 de la Constitución Política: "Quien haya ejercido en propiedad alguno de los cargos en la siguiente lista, no podrá ser reelegido para el mismo. Tampoco podrá ser nominado para otro de estos cargos, ni ser elegido a un cargo de elección popular, sino un año después de haber cesado en el ejercicio de sus funciones: Magistrado de la Corte Constitucional, de la Corte Suprema de Justicia, del Consejo de Estado, de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, Miembro de la Comisión de Acordados, Miembro del Consejo Nacional Electoral, Fiscal General de la Nación, Procurador General de la Nación, Defensor del Pueblo, Contador General de la República y Registrador Nacional del Estado Civil".

CALLE 70 No. 7A - 29, BOGOTÁ, D.C. TELÉFONO: (+57) 317 79 79 www.icpohernan.org

– Doctor Andrés Molano Rojas Director Académico Instituto de Ciencia Política Hernán Echavarría Olózaga



HERNÁN ECHAVARRÍA OLÓZAGA



PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN

Bogotá, D.C. 1° de febrero de 2017

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

La *justicia transicional* es un elemento extraordinario y excepcional llamado a allanar el camino de la construcción de la paz y el restablecimiento de la convivencia política, con base en los colombianos, debe tener el potencial de contribuir al fortalecimiento del Estado de Derecho y de la justicia conforme al cual se dará la implementación de este y otros componentes del Acuerdo Final para la terminación del conflicto armado con las FARC debe ser el resultado del más amplio debate nacional.

La existencia de mecanismos extraordinarios, acelerados y abreviados no exonera a ninguna de las ramas del Poder Público —pero en particular al Gobierno Nacional y al Congreso de la República— de la obligación, derivada de los principios sobre los que se funda el ordenamiento constitucional, de garantizar la deliberación pluralista, facilitar la ilustración de la opinión pública, y responder y atender las inquietudes de la ciudadanía. Como lo han señalado algunos expertos, "sin un proceso más amplio de generación de consensos entre las distintas fuerzas políticas, en el que no sólo se puedan dar los debates, sino que además se logre acordar modificaciones que permitan superar algunas de las debilidades del acuerdo, las normas que surjan del *fast track* tendrán poca legitimidad"¹.

De cara a la discusión en el Congreso de la República del Proyecto de Acto Legislativo (PAL) que crea la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP), el Instituto de Ciencia Política Hernán Echavarría Olózaga y la Corporación Excelencia en la Justicia quisieran compartir con los Honorables Congresistas, el Gobierno Nacional y la ciudadanía en general, las siguientes temáticas varias objeciones sobre algunos de sus contenidos —sino con el fin de precisar y facilitar su implementación:

1. Sobre algunos aspectos administrativos de la JEP

- **Relación del Presidente de la JEP con los demás órganos de la jurisdicción.** Este aspecto no está claro en el artículo transitorio 6, ya que, por ejemplo, no se precisa si las competencias de este funcionario cobijarán a la Unidad de Investigación y Acusación, o si ésta contará con autonomía —lo cual sería lo adecuado en un sistema acusatorio, como el

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

CALLE 70 No. 7A - 29, BOGOTÁ, D.C. TELÉFONO: (+57) 317 79 79 www.icpohernan.org



HERNÁN ECHAVARRÍA OLÓZAGA



PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN

- **Revisión de tutelas.** Las reglas previstas en el PAL sujetan el ejercicio de las competencias propias de la Corte Constitucional a un derecho de veto de facto por parte de los magistrados de la JEP que formen parte de la sala de selección. En ese sentido, la jurisdicción constitucional queda subordinada a la JEP, lo cual ciertamente subvierte la sustancia de la Constitución Política que confía a la Corte Constitucional, y sólo a ella, "la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución"².
- **Revisión de sentencias.** De la redacción del Artículo 6 del PAL que señala que la *revisión de sentencias* procede por "conductas cometidas por causa, con ocasión del conflicto y en relación con este p con la protesta social", podría deducirse que la protesta social es un supuesto independiente, sobre el cual no se exige que exista relación con el conflicto armado. Para no ampliar de manera injustificada la competencia de la JEP, se sugiere precisar que la protesta social también debe cumplir con el requisito de conexidad con el conflicto armado.
- **Rendición de cuentas.** Para generar confianza en el funcionamiento de la JEP, es importante que se establezca expresamente su obligación de rendir cuentas a la ciudadanía, preferiblemente a través de audiencias públicas en las que se permita la intervención de la sociedad civil. También se debería realizar un informe de cierre de la jurisdicción al momento en que esta culmine sus funciones transitorias.

Valoramos positivamente los ajustes introducidos en el curso la segunda ponencia puesta a consideración, especialmente en lo relativo a:

- La claridad que introduce sobre la responsabilidad de terceros (en línea con las observaciones del Fiscal General de la Nación).
- La adopción expresa del principio de que "las víctimas como intervinientes según los estándares nacionales e internacionales y los parámetros establecidos en el Acuerdo Final y doble instancia en el marco de un modelo adversarial".
- La declaración sobre la autonomía financiera, técnica y administrativa de la JEP.
- Las precisiones hechas sobre la competencia subjetiva, material y temporal de la JEP, así como sobre la aplicabilidad de las sanciones propias y alternativas del sistema.

² Somos conscientes de que esta fórmula se encuentra prevista en el Acuerdo. Sin embargo, la modificación que se hizo en el PAL —a nuestro juicio con buen criterio— para excluir al Consejo Superior de la Judicatura de la participación en la definición de los conflictos de competencia, nos permite entender que si existe la posibilidad de hacer ajustes al Acuerdo durante su desarrollo normativo, cuando quiera que reduzcan problemas en la implementación o, como en este caso, eviten el riesgo de que algunos de sus contenidos sean declarados inexecutable por sustituir la Constitución. Por ello, proponemos un ajuste a la fórmula, para que la decisión no se tome por mayoría de los miembros de la Sala Mixta que se encarga de decidir sobre la revisión de la tutela.

CALLE 70 No. 7A - 29, BOGOTÁ, D.C. TELÉFONO: (+57) 317 79 79 www.icpohernan.org

– Doctora Linda María Cabrera Cifuentes Subdirectora Sisma Mujer



Bogotá, 14 de febrero de 2017.

Comisión Primera
Senado
Congreso de la República.

Referencia. Intervención en audiencia convocada mediante resolución 8 de 2017, jurisdicción especial para la paz.

La Corporación Humanas, la Red Nacional de Mujeres y la Corporación Sisma Mujer integran la alianza *Cinco Claves* para el tratamiento diferencial de la violencia sexual en el Acuerdo Final de paz y su implementación. Durante el proceso de negociación formulados diferentes aportes a las partes negociadoras y algunos fueron recogidos en el texto definitivo.

En esta nueva etapa de desarrollo legislativo del Acuerdo Final de Paz, estamos avanzando en un proceso de seguimiento a las normas en curso para verificar que los avances logrados a favor de las mujeres víctimas de violencia sexual en el Acuerdo se mantengan, y que las medidas incorporadas en los proyectos de ley y acto legislativo observen los derechos a la verdad, la justicia, la reparación integral y garantías de no repetición de estas víctimas.

En relación con el proyecto de acto legislativo 02/16C -2/17S, sobre jurisdicción especial para la paz, tenemos un conjunto de observaciones y propuestas de ajuste que presentamos a continuación.

- a. Objeción a la amplia categoría de delitos a los cuales se aplica la justicia transicional

La primera observación tiene que ver con la falta de precisión sobre la categoría a la cual se aplica la justicia transicional en relación con la fuerza pública. Si bien el Acuerdo establece un tratamiento especial para los agentes del Estado, el mismo no puede vulnerar el derecho a la igualdad de las víctimas. La categoría de "conductas punibles por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado" resulta muy amplia y contraría las obligaciones internacionales en relación con la investigación y sanción de las violaciones de derechos humanos. En este caso se reconoce competencia a la jurisdicción especial para la paz en los casos de agentes estatales a partir de una noción muy amplia de delitos

1



relacionados con el conflicto que no se corresponde con la prevista en el Acuerdo Final, en contravía de la bilateralidad del mismo¹.

No es posible que en la ley 1820 se apliquen los beneficios para los agentes del Estado, para los delitos relacionados con el conflicto y para la aplicación de la justicia transicional de la jurisdicción especial para la paz, también.

Se propone entonces incluir las categorías de delitos precisas a las cuales se aplica la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP), es decir, el numeral 40 del capítulo de justicia del Acuerdo Final² debe ser incorporado en el artículo 5 y/o 22 del proyecto, esto es, aplicando tanto a miembros de las FARC, a civiles no combatientes y agentes del Estado:

"los delitos de lesa humanidad, el genocidio, los graves crímenes de guerra -esto es, toda infracción del Derecho Internacional Humanitario cometida de forma sistemática o como parte de un plan o política-, la toma de rehenes u otra privación grave de la libertad, la tortura, las ejecuciones extrajudiciales, la desaparición forzada, el acceso carnal violento y otras formas de violencia sexual, la sustracción de menores, el desplazamiento forzado, además del reclutamiento de menores, todo ello conforme a lo establecido en el Estatuto de Roma".

- b. Definición de las conductas de violencia sexual asociadas al conflicto armado.

Conforme a la experiencia de diferentes organizaciones que hacemos seguimiento a la violencia sexual, uno de los principales obstáculos actuales, tiene que ver con el concepto restringido de violencia sexual relacionada con el conflicto armado³. Esta restricción se debe principalmente a dos circunstancias, la primera, relacionada con los patrones socio culturales de discriminación contra la mujer, que relegan al ámbito *privado* este tipo de conductas que se dan en realidad en el marco de la guerra, pero que los actores armados las explican como actos aislados de sus combatientes, sin relación con los patrones de victimización. A nivel interno, la Corte Constitucional ha reconocido estos patrones como

¹ Son delitos cometidos por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado, aquellas conductas punibles donde la existencia del conflicto armado haya sido la causa de su comisión, o haya jugado un papel sustancial en la capacidad del perpetrador para cometer la conducta punible, en su decisión de cometerla, en la manera en que fue cometida o en el objetivo, pág. 145.

² Los delitos de lesa humanidad, el genocidio, los graves crímenes de guerra -esto es, toda infracción del Derecho Internacional Humanitario cometida de forma sistemática o como parte de un plan o política-, la toma de rehenes u otra privación grave de la libertad, la tortura, las ejecuciones extrajudiciales, la desaparición forzada, el acceso carnal violento y otras formas de violencia sexual, la sustracción de menores, el desplazamiento forzado, además del reclutamiento de menores, todo ello conforme a lo establecido en el Estatuto de Roma

³ Access to justice for women victims of sexual violence, fifth follow-up report to Auto 092 of the Colombian Constitutional Court- Confidential annex, page 44, point 4. [http://www.abcolombia.org.uk/downloads/English_WOMEN_WEB_\(2\).pdf](http://www.abcolombia.org.uk/downloads/English_WOMEN_WEB_(2).pdf)

2

contribución fundamental para demostrar la connotación de la violencia sexual como crimen de lesa humanidad⁴.

La segunda, relacionada con la falta de reconocimiento de factores contextuales como la utilización de la violencia sexual con fines de guerra, el control territorial, el desplazamiento forzado, la connotación de actor armado de determinado grupo o la situación de violencias contra la mujer. Para enfrentar esto, la Corte Constitucional, acogió una noción ampliada de violencia sexual relacionada con el conflicto armado, a través de la adopción de la *presunción de relación cercana y suficiente entre el conflicto armado interno, el desplazamiento forzado por la violencia y los actos violencia sexual cometidos contra las mujeres*⁵.

En el reciente informe del Secretario General sobre violencia sexual se acogió igualmente una noción ampliada del violencia sexual relacionada con el conflicto que tiene en cuenta la vinculación directa o indirecta con el conflicto, el perfil de la víctima, del perpetrador, el clima de impunidad, las consecuencias transfronterizas o la vulneración de los acuerdos de cese al fuego⁶.

Sin embargo, este debate ha sido desdibujado en el marco del Acuerdo Final, y en la actualidad la definición ampliada del conflicto es a favor de los responsables de hechos como la violencia sexual. En parte podría considerarse favorable que en un régimen tan amplio de beneficios, no se considere la relación de la violencia sexual con el conflicto porque así habría una pena más alta en la justicia ordinaria para los agresores pero en realidad esto no es aceptable por tres razones, la primera porque vulnera el derecho a la verdad de las víctimas, en cuanto las conductas si han sido perpetradas con causa y ocasión del conflicto armado y no como hechos aislados, según la interpretación de los diferentes actores armados; la segunda porque la justicia transicional debería ser una herramienta para superar los históricos obstáculos de acceso a la justicia que han enfrentado las mujeres y no existe una razón jurídicamente válida para renunciar a esta pretensión de las víctimas y, tercera porque está demostrado que la justicia ordinaria tampoco ha dado una respuesta adecuada a las víctimas de violencia sexual, con niveles de impunidad que alcanzan el 98% a pesar de múltiples pronunciamientos de instancias como la Corte Constitucional a favor del acceso a la justicia de estas víctimas.

Para superar esto es necesario de una parte que se adopte la definición de violencia sexual del Estatuto de Roma para precisar las categorías de delitos relacionados con el conflicto a propósito del concepto de "el acceso carnal violento y otras formas de violencia sexual".

⁴ Corte Constitucional Auto 09 de 2015, párr II.1... "La revisión y análisis de cientos de informes y relatos, le sirvieron de base a esta Corte para identificar en el auto 092 de 2008 ciertos patrones de cómo discurre la violencia sexual en el marco del conflicto armado interno y el desplazamiento forzado por la violencia. Se identificaron en particular nueve (9) patrones facticios, que dan cuenta de cómo estos crímenes fueron perpetrados por todos los actores del conflicto de manera: "[...] habitual, extendida y sistemática [...]".

⁵ Corte Constitucional Auto 09 de 2015, párr VII. 1.

⁶ Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, 2016 op cit. párr. 2.

3



- c. Sobre de los agentes del Estado.

Según el artículo 22 del proyecto, el conflicto debe ser la causa de la conducta o debe haber influido en la capacidad, decisión, manera de cometerla y la selección de los objetivos. Se habla de habilidades mayores para cometer la conducta, por ejemplo, ¿Cómo se va a demostrar mayor habilidad para un tipo de crímenes como violencia sexual? Aquí se desconoce que la violencia sexual tiene una motivación de discriminación contra la mujer, fuera y dentro del conflicto armado, como lo reconoció la Corte Constitucional en el Auto 09 de 2015 en el cual la instancia acogió una *presunción de relación cercana y suficiente entre el conflicto armado interno, el desplazamiento forzado por la violencia y los actos violencia sexual cometidos contra las mujeres*⁷.

Se propone entonces revisar el desarrollo de las condiciones de capacidad, decisión, manera y objetivo con que se cometió la conducta, del artículo 22 y en consecuencia modificar el proyecto eliminando y/o reemplazando el desarrollo de estas categorías no concurrentes como lo prevé el Acuerdo.

"Su capacidad para cometerla, es decir, a que por razón del conflicto armado el perpetrador haya contado con las condiciones que le sirvieron para ejecutar la conducta ó Su decisión para cometerla, es decir, a la voluntad o disposición del individuo para cometerla ó

La manera en que fue cometida, es decir, a qué en relación con el conflicto armado el perpetrador de la conducta haya tenido la oportunidad de contar con medios que le sirvieron para consumarla ó La selección del objetivo que se proponía alcanzar con la comisión del delito.

Para violencia sexual no tiene sentido la descripción de mando y control efectivo del proyecto, ni la condición de concurrentes que prevé la reforma constitucional más cuando se presumen legales sus acciones y por tanto su capacidad legal, efectiva y material para desempeñar sus funciones.

En relación con la responsabilidad de mando deben revisarse los artículos 21 y 23. La valoración de las reglas operacionales de la fuerza pública la prevé el Acuerdo, pero no su incorporación con estatus constitucional al ordenamiento jurídico. Por lo tanto se propone que esto se desarrolle en el marco de una ley. Al respecto el Congreso debe clarificar un criterio de incorporación constitucional y legal, basado en las obligaciones internacionales del Estado colombiano en materia de derechos humanos, de manera que la reforma constitucional solo integre normas acordes con los tratados internacionales.

Así mismo, el literal a del artículo 23 indica " y que tengan relación con actividades bajo su responsabilidad;" este requisito concurrente como está previsto en el Proyecto de Acto Legislativo debe ser retirado porque como se indicó en precedencia, no puede ser corroborado en crímenes de violencia sexual, en tanto estos nunca tendrán relación con las actividades, los mandatos legales y constitucionales de los agentes estatales. Esto a su vez no implica que de la comisión de estas conductas punibles no se pueda predicar

⁷ Corte Constitucional Auto 09 de 2015, párr VII. 1.

4



responsabilidad por cadena de mando, siendo exclusivamente un obstáculo en el reclamo de verdad, justicia, reparación y garantías de no repetición para las víctimas.

Sobre la responsabilidad de mando, el Acuerdo Final establece según el derecho internacional, y el artículo 23 del proyecto lo omite, en particular el derecho internacional de los derechos humanos que es según el numeral 19 del capítulo de justicia del Acuerdo Final, uno de los marcos jurídicos aplicables al Sistema Integral. También se prescinde de la referencia al Derecho Penal Internacional como una fuente jurídica válida para la determinación de la responsabilidad por mando, si se considera que este fue incluido dentro de los principios básicos del Componente de Justicia del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación Y No Repetición (SIVJRNR), como se encuentra en la página 144 del referido Acuerdo Final.

Además, no se ve la necesidad constitucional de desarrollar las condiciones de control efectivo en una reforma constitucional y no en una ley. Será necesario establecer un criterio más allá de la pretensión del respectivo actor armado, para justificar aquello que tendrá rango constitucional y lo que tendrá rango legal, observando siempre los derechos de las víctimas.

Por esto se propone modificar el artículo 23 incluyendo el DIDH y eliminando las reglas operacionales porque estas normas no tienen relación alguna con la violencia sexual:

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

Tampoco hay fundamento para incluir en el proyecto, el cumplimiento de las sanciones ordinarias en establecimientos carcelarios de los agentes del Estado por lo tanto se propone eliminar del artículo 24 la palabra "ordinarias":

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

Finalmente, en el último inciso del artículo 24 se amplían los beneficios en las sanciones ordinarias para los agentes estatales privados de la libertad, los cuales no tienen ninguna correspondencia con aquellos que otorga la JEP a quienes se sometan a esta, a cambio de verdad, reparación y garantías de no repetición. Este favorecimiento es injustificado, porque su otorgamiento no se condiciona al compromiso de acudir a la JEP, ni de someterse a sus requerimientos, con lo cual se rompe el equilibrio del Sistema, razón por la cual debe ser eliminado del texto normativo.

5



d. Ausencia de garantías para incentivar la denuncia de las víctimas de violencia sexual.

La violencia sexual se caracteriza por la falta de confesión de los responsables y la baja denuncia de las víctimas. Si no se confiesa, las víctimas que denuncian tienen que vencer en juicio a los agresores, lo cual tiene por lo menos dos problemas tratándose de violencia sexual, ambos relacionados con los obstáculos estructurales de acceso a la justicia para las víctimas. Uno, consiste en que las víctimas no denuncian masivamente como se sabe y dos, que las características de los hechos de violencia sexual conllevan retos considerables en un proceso judicial para demostrarlos. Si no hay confesiones, ni denuncias y cuando las hay, - en las que la versión de la víctima es la única prueba y no es utilizada a su favor-, el riesgo de impunidad es muy alto y la impunidad genera más violencia sexual justamente porque "los violadores prevén que sus víctimas no tendrán los medios, el valor o el apoyo necesarios para testificar contra ellos, especialmente en el caos de los conflictos"⁸.

Esto sumado a la falta de participación de las víctimas en términos procesales condena a las víctimas de violencia sexual a dejar sus crímenes en la impunidad. Por lo tanto se propone mecanismos reforzados para incentivar la denuncia y garantizar la continuidad de las mujeres en los procesos por delitos sexuales, a través de un modelo de intervención integral y especializado que garantice las condiciones de protección, atención en salud física y psicológica, reparación, representación judicial, asesoría jurídica para las sobrevivientes y participación procesal plena.

En el artículo 5:

La ley regulará entre otros los principios, organización, competencias entre ellas por el factor personal, procedimientos, participación procesal de las víctimas, mecanismos para incentivar la denuncia de los hechos de violencia sexual y régimen de sanciones conforme a lo definido en el Acuerdo de Jurisdicción Especial para la Paz.

En el artículo 12

... participación procesal de las víctimas como intervinientes según los estándares nacionales e internacionales y los parámetros establecidos en el Acuerdo Final...

e. La falta de garantías para la participación paritaria de las mujeres y para preservar el diseño institucional con enfoque de género.

En tanto derechos de rango constitucional, el derecho a la igualdad y la participación de las mujeres fue recogido en el Acuerdo Final, previendo la conformación con criterios equitativos de participación. El proyecto sin embargo no garantiza este postulado más allá de lo indicado en el Acuerdo. Por lo tanto, los artículos 7 y 26 sobre conformación deberían indicar como *regla la paridad*.

⁸ Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, 2016 op cit. párr. 10

6



Al respecto en el Acuerdo Final se aprobó en la Comisión de la Verdad, "la creación de un grupo de trabajo de género que contribuya con tareas específicas de carácter técnico, de investigación, preparación de audiencias, entre otras" y no se observa justificación para excluir esta instancia del acto legislativo en curso. Por lo tanto, se propone su incorporación.

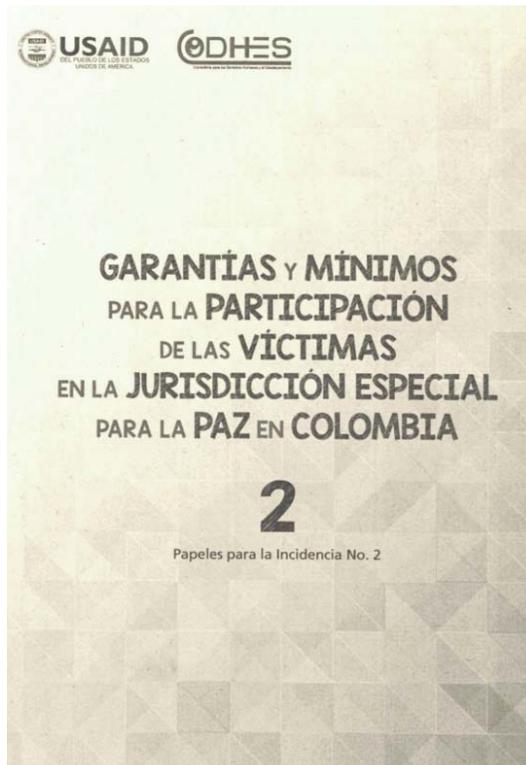
En la Unidad de desaparecidos no se ha incorporado el enfoque de género por eso proponemos garantizar su conformación paritaria y la inclusión en el plan nacional de la instancia que prevé el acuerdo un enfoque de género que permita identificar modalidades diferenciales en la perpetración de este delito, por ejemplo, casos de violencia sexual que son recurrentes. Se propone entonces incluir en el artículo 3 lo siguiente:

"La ley reglamentará la naturaleza jurídica, mandato, funciones, composición y funcionamiento de la Unidad con enfoque de género".

Cordialmente,

LINDA MARÍA CABRERA CIFUENTES
Subdirectora
Corporación Sisma Mujer

– Doctor Marco Romero Silva Director General
Consultoría para los Derechos Humanos (COD-
HES)- Doctor Fernando Vargas Valencia Asesor
Legal Consultoría para los Derechos Humanos
(CODHES)



GARANTÍAS Y MÍNIMOS PARA LA PARTICIPACIÓN DE LAS VÍCTIMAS EN LA JURISDICCIÓN ESPECIAL PARA LA PAZ EN COLOMBIA

2

Papeles para la Incidencia No. 2

Consultoría para los Derechos Humanos y el Desplazamiento -CODHES
Programa de Participación y Reparación Colectiva a las Víctimas
Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional -USAID

CONTENIDO

5	INTRODUCCIÓN: EL ACUERDO FINAL DE PAZ ENTRE EL GOBIERNO NACIONAL Y LAS FARC-EP Y LAS GARANTÍAS JUDICIALES PARA LAS VÍCTIMAS
9	1. GARANTÍAS SUSTANCIALES O DE ACCESO
17	2. GARANTÍAS PROCESALES O DE PARTICIPACIÓN EFECTIVA EN EL PROCESO PENAL
21	3. GARANTÍAS PROBATORIAS
27	Anexo. GARANTÍAS PARA LA VERDAD, LA JUSTICIA Y LA REPARACIÓN DE LAS VÍCTIMAS EN LA JEP

Consultoría para los Derechos Humanos y el Desplazamiento - CODHES
Programa de Participación y Reparación Colectiva a las Víctimas en Colombia

Papeles para la Incidencia No. 2

Marco Romero Silva
Director

Jorge Durán
Director del Programa

Este documento fue elaborado colectivamente con los aportes de:

Fernando Vargas Valencia
Asesor de incidencia jurídica de la Dirección
Compilador del Documento

Hélmér Eduardo Quiñones
Investigador CODHES
Asuntos Étnicos

María Angélica Gómez
Investigadora CODHES
Enfoque de Género

Camila Espitia Fonseca
Investigadora CODHES
Migraciones Forzadas y Refugio

Julio Soler Barrón
Coordinador Componente de Participación
Programa de Participación y Reparación Colectiva

Diagramación
Reves Diseño Ltda. | contacto@revesdiseño.com

Impreso en Colombia

@Consultoría para los Derechos Humanos y el Desplazamiento - CODHES

Enero de 2017

Esta publicación es posible gracias al generoso apoyo del pueblo estadounidense a través de la Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional (USAID). Los contenidos son responsabilidad de CODHES y no reflejan necesariamente las opiniones de USAID o del Gobierno de los Estados Unidos.

INTRODUCCIÓN: EL ACUERDO FINAL DE PAZ ENTRE EL GOBIERNO NACIONAL Y LAS FARC-EP Y LAS GARANTÍAS JUDICIALES PARA LAS VÍCTIMAS

El presente documento recoge un conjunto de propuestas que la Consultoría para los Derechos Humanos y el Desplazamiento -CODHES pone a consideración del señor Secretario Ejecutivo de la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP), el Ministerio de Justicia y el Congreso de la República, con el objetivo de señalar los mínimos de garantía que dicha jurisdicción está llamada a contemplar para el goce efectivo de los derechos fundamentales de las víctimas. El documento refleja el trabajo de incidencia que CODHES ha desarrollado en la materia desde hace varios años con especial énfasis en el enfoque de género, las víctimas pertenecientes a pueblos étnicamente diferenciados y las víctimas en el exterior¹.

De conformidad con el propio Acuerdo de Paz suscrito en 2016 entre el Gobierno nacional y las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC-EP), son objetivos de la JEP, entre otros, satisfacer el derecho de las víctimas a la justicia, ofrecer verdad a la sociedad colombiana, contribuir a la reparación de las víctimas y contribuir a luchar contra la impunidad. Dentro de sus principios rectores se destacan en dicho marco:

- (1) La centralidad de las víctimas y de sus derechos a la verdad, la justicia, la reparación y la no repetición (VJR).
- (2) La condicionalidad del tratamiento especial previsto en ella a que se contribuya a la satisfacción de dichos derechos;
- (3) La integralidad en el sentido de su coherencia con los demás órganos del Sistema Integral de VJR lo que se debe traducir en garantizar una contribución efectiva y articulada a las medidas de satisfacción de los derechos de las víctimas;
- (4) el debido proceso;
- (5) el enfoque diferencial y de género, en el sentido que la JEP deberá tener en cuenta las distintas consecuencias e impactos desproporcionales de las violaciones en relación con sujetos de especial protección y sus órganos deberán conformarse con criterios de equidad de género y respeto a la diversidad étnica, religiosa y cultural.

¹ Este documento, de elaboración colectiva, fue compilado por Fernando Vargas Valencia. Se agradece en especial el compromiso en su elaboración por parte de Hélmér Eduardo Quiñones, experto en asuntos étnicos, María Angélica Gómez, experta en enfoque de género, Camila Espitia Fonseca, experta en migraciones forzadas y refugio, y Julio Soler Barrón, experto en participación. Bogotá, Diciembre de 2016 - Enero de 2017.

En el contexto de implementación del Acuerdo de Paz, y específicamente en relación con la JEP, el Estado colombiano se encuentra obligado a la luz de las fuentes de derecho internacional, a adoptar procedimientos legislativos y administrativos apropiados y eficaces y otras medidas apropiadas que den un acceso equitativo, efectivo y rápido a la justicia a las víctimas; a disponer para ellas recursos suficientes, eficaces, rápidos y apropiados; y a asegurar que el derecho interno proporcione como mínimo el mismo grado de protección a las víctimas que el que imponen sus obligaciones internacionales.

En reconocimiento del impacto desproporcionado que el conflicto armado ha tenido sobre los pueblos étnicos, el Estado colombiano debe aplicar un enfoque étnico-racial sensible a las afectaciones diferenciales que permita reconocer el contexto histórico-social en el que se presentaron sus afectaciones, incluidos los riesgos y daños específicos identificados por la Corte Constitucional en los Auto 005 (afrodescendientes) y 004 (indígenas) de 2009 (Sentencia T-025 de 2004) y aquellos derechos y garantías incluidas en los Decretos Ley 4633 (Indígenas) y 4635 (afrodescendientes) de 2011. La aplicación integral del Capítulo Étnico contemplado en el Acuerdo Final (punto 6.2) hace parte de las salvaguardas y garantías aplicables en la materia.

De otra parte, dentro de la JEP uno de los delitos que no tendrá amnistía es el de violencia sexual, y como lo han pedido las organizaciones de mujeres durante el proceso de negociación, debe ser un delito que tenga un tratamiento diferencial en el contexto de justicia transicional. Según el Registro Único de Víctimas a diciembre de 2016 existen registradas 17.579 víctimas de delitos contra la libertad e integridad sexual que deberían ser parte inicial y prioritaria de la JEP, y que además la gran mayoría de estas víctimas también lo son de desplazamiento forzado.

Una de las principales preocupaciones parte de la altísima impunidad en los casos emblemáticos de los Anexos Reservados de los Auto 092, 098 y 009 que la Corte Constitucional le entregó en 2008, 2013 y 2015 respectivamente a la Fiscalía General de Nación para avanzar en la investigación y sanción judicial, y que en un porcentaje importante corresponde a casos de mujeres afrodescendientes, indígenas y niñas.

En el VI Informe de la Mesa de Seguimiento a los Anexos Reservados "se pudo establecer que los 627 casos reportados por la Corte en los anexos de los autos 092 y 009 indican la ocurrencia de 634 eventos de violencia sexual o de género que afectaron a por lo menos 768 víctimas" (V Informe de la Mesa de Seguimiento; 2016, 13) de los cuales "únicamente se han resuelto con sentencia condenatoria por crímenes sexuales un total de 14 casos (6 contra civiles y 8 contra actores armados), es decir, el 2,2% de la totalidad de los 634 hechos y el 7,8% de los 178 eventos del Auto 092" (V Informe de la Mesa de Seguimiento; 2016, 14).

Es preciso recordar que el Auto de Seguimiento 009 de 2015 la Corte Constitucional señaló "la inobservancia del deber de actuar con la debida diligencia para la investigación de la violencia sexual asociada al conflicto armado perpetúa la vulneración de los derechos de las víctimas, en tanto la inacción o actuación deficiente en esta materia envía un mensaje de tolerancia de la violencia contra la mujer y refuerza los patrones de discriminación. Por ello, la garantía de justicia es en sí misma una estrategia de prevención de la violencia de género y de la violencia sexual en particular, la cual sigue siendo desconocida por parte del Estado en estos casos".

I. GARANTÍAS SUSTANCIALES O DE ACCESO

• Publicidad suficiente de los mecanismos de justicia

Una de las garantías mínimas para el acceso a la justicia por parte de las víctimas es que la JEP y el sistema de Verdad, Justicia y Reparación (VJR) en que ésta se inserta, cuentan con una estrategia eficiente y amplia de publicidad acompañada de una pedagogía eficiente que convoque el interés de las víctimas en la participación dentro de los procesos judiciales.

En este caso, la publicidad debe incluir un esquema de acercamiento de los órganos de la JEP a las regiones y contextos en que se encuentran las víctimas, los que por lo demás eventualmente pueden coincidir con aquellos en los que la justicia convencional no ha tenido lugar o eficacia, lo que implicaría que la presencia de la JEP contribuiría a reconstruir la confianza en el Estado que las víctimas y otros sectores poblacionales habrían perdido por su ausencia, por falta de justicia o con ocasión del conflicto mismo.

Esta garantía incluye una clara apreciación del papel que deben desempeñar las víctimas en los procesos de investigación y enjuiciamiento,

garantizando su participación genuina en las etapas de los procedimientos en las que se aseguren sus derechos y respecto de las decisiones más trascendentales que se tomen en el marco de la JEP, al igual que de los testigos, así como la definición y comprensión clara de los crímenes sujetos a enjuiciamiento, al igual que de la forma en que deben ser investigados y enjuiciados.

De conformidad con el derecho internacional, el Estado colombiano tiene la obligación de suministrar a las víctimas, de manera adecuada a sus circunstancias socioeconómicas y culturales, medios de información completa y detallada sobre los mecanismos y procesos de la JEP, y de manera especial a las víctimas individuales y colectivas pertenecientes a pueblos étnicos. Esta obligación comprende el deber del Estado de presentar de la manera más sencilla y culturalmente pertinente información sobre sus derechos y sobre los recursos para hacerlos efectivos, al igual que de todos los servicios jurídicos y de otra índole a los que puedan tener derecho.

A la luz de las anteriores circunstancias, la JEP debe contar con un equipo específico sobre el tema de género y derechos de las mujeres que pueda ayudar a revisar enfoques de investigación, metodologías de trabajo diferenciadas, y un acompañamiento en las decisiones que se tomen para garantizar que las medidas adoptadas tengan un claro reconocimiento de los impactos diferenciados para las mujeres en todos sus ciclos vitales, y de las discriminaciones históricas sumadas a las consecuencias del conflicto armado que marginalizaron los proyectos de vida de miles de vidas en el país.

Finalmente, partiendo del principio de centralidad de las víctimas en el Acuerdo de paz entre el Gobierno y las Farc-EP y específicamente en la JEP, es imprescindible preguntarse por las garantías de participación de las víctimas en el exterior para la implementación de los procesos, instrumentos y políticas encaminadas a garantizar sus derechos a la verdad, la justicia y la reparación.

La comprensión de quiénes son las víctimas en el exterior es un reto aún por resolver, (especialmente para la reforma de la Ley de Víctimas). Sin embargo, en la Ley 1448 de 2011 de Atención y Reparación a víctimas del año 2011 se hace un reconocimiento expreso de las víctimas que se encuentran en el exterior. Más allá de las limitaciones de la Ley 1448, los vacíos en la legislación y la jurisprudencia sobre este asunto, las víctimas en el exterior son titulares de unos derechos que no deben ser limitados por cuestiones de espacialidad.

Al hablar de víctimas en el exterior se hace referencia a: i) gran parte de las 550.000 personas de nacionalidad colombiana que han sido refugiados o solicitantes del estatus de refugiado (ya que no todas, pero sí la mayoría, son víctimas del conflicto); ii) las víctimas del desplazamiento transnacional o transfronterizo que no cuentan con protección internacional y; iii) la población víctima del conflicto, que por razones personales salieron del país, pero que, según la Ley 1448 y sus decretos reglamentarios, tienen derecho a acceder a una reparación integral, individual y colectiva, aun estando fuera del territorio nacional.

Así las cosas, para la implementación del Acuerdo de paz y particularmente de la JEP, Colombia debe partir de los convenios y tratados internacionales suscritos y ratificados, así como de los instrumentos políticos adoptados en relación con los derechos de la población refugiada, entre ellos: la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951, el Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados (1967), la Declaración de Cartagena sobre los Refugiados de 1984, la Declaración y Plan de Acción de Brasil (2014), entre otros.

Los espacios formales de participación ciudadana de la población exiliada y refugiada han sido históricamente limitados, especialmente porque los consulados no son precisamente el lugar al que todas las víctimas en el exterior pueden acceder, ya sea por distancia o desconfianza institucional. Si se examinan los desarrollos de la Ley 1448 de 2011 en esta materia, es evidente que la población víctima en el exterior no cuenta con un mecanismo de participación idóneo, no tiene delegados en la Mesa Nacional de Víctimas y por lo tanto, la participación en relación a los derechos a la verdad, la justicia y la reparación es inasequible hasta ahora.

En este orden de ideas, debe garantizarse un mecanismo que divulgue y promocioe los mecanismos de justicia ampliamente en municipios y distritos, que permita orientar y acceder a la información, con observancia del enfoque diferencial, pues ello permitirá que las víctimas puedan identificar los momentos, mecanismos y acciones concretas que materialicen sus derechos, de acuerdo los factores diferenciales. Teniendo en cuenta que existe un grupo significativo de víctimas ubicadas en zonas rurales, se deberá acudir entre otros a medios como radios comunitarias, canales de televisión comunitarias, regionales, además de los nacionales. Ese mecanismo debe incluir estrategias de información a las Mesas de Participación de Víctimas en todos los niveles territoriales. Los funcionarios y funcionarias públicas en general deberán contar con información clara y suficiente para orientar a las víctimas, obligación que no se debe restringir sólo a quienes hacen parte de la rama judicial o que tienen a cargo la atención a víctimas del conflicto armado.

Teniendo en cuenta la necesidad de transparencia y confiabilidad en estos procesos particulares de administración y justicia, debe garantizarse el máximo nivel de participación de la sociedad en la selección de los magistrados que harán parte de estos organismos evitando la intervención de factores ajenos a los propósitos de la justicia. Para este efecto será indispensable que esté al alcance de la sociedad civil de una manera fluida y clara toda la información relacionada con las calidades de los candidatos, utilizando todos los medios convencionales de divulgación. Esta disponibilidad de la información no solamente debe tener como objetivo el que la gente pueda informarse, sino que debe permitirle, mediante mecanismos también sencillos y publicitados, intervenir por medio de opiniones, críticas y sugerencias en la designación de los magistrados. Previamente a la designación final de los magistrados, deberá hacerse pública también la evaluación que servirá de base para la decisión.

También resulta necesario hacer pedagogía sobre el Acuerdo de paz en general para las víctimas en general y para las víctimas en el exterior, en particular. En este caso, de los mecanismos de justicia, a través de diversos mecanismos de comunicación como consulados, medios virtuales, organizaciones de víctimas en el exterior, plataformas internacionales, organizaciones acompañantes que trabajan con refugiados, medios comunitarios en países fronterizos, entre otros. También se hace necesario identificar alternativas para la comunicación e intercambio de información con víctima en el exterior de carácter formal, diferentes a los consulados. Lo anterior por cuanto parte de la población exiliada y refugiada ha sido víctima de agentes de Estado, y por ende desconfía de las instituciones y teme la continuidad de la persecución en los países de acogida. Adicionalmente, algunos refugiados temen perder la protección internacional al acercarse a los consulados.

3 Según reciente resolución de la UARFV, esto cambió en el año 2017.

• Reconocimiento de víctimas a partir de los registros y bases de datos existentes

Colombia ha presentado avances significativos respecto de la información consignada en registros administrativos de víctimas como reconocimiento lo ha reconocido la propia Corte Constitucional en el marco del seguimiento a la sentencia T-025 de 2004. Se precisa que dichos avances sean útiles al goce efectivo del derecho de acceso a la justicia mediante el despliegue de un mecanismo de oferta que incluya la inclusión de las víctimas registradas en los primeros avances de implementación de la JEP.

Dicho de otra manera, los registros administrativos, previa garantía de la interrelación entre las distintas bases de datos (Justicia y Paz, Unidad de Derechos Humanos de la Fiscalía, víctimas atendidas por la Defensoría del Pueblo, Registro Único de Víctimas, etc.), podrían constituir la línea de base para determinar los costos de las garantías de participación de las víctimas en la instalación de los órganos de la JEP y para desplegar las primeras estrategias de divulgación. De manera adicional, la inclusión de una persona en uno o varios registros, debería ser considerado por los órganos de la JEP como una prueba de la condición de víctima para efectos del reconocimiento como sujeto procesal y de derechos de la persona perjudicada por los hechos objeto de investigación.

Por su parte, las víctimas de los pueblos étnicos, sus familiares y sus representantes tienen derecho a solicitar y obtener información detallada y completa sobre las causas de su victimización y sobre las causas y condiciones de las violaciones de sus derechos humanos y al DNI. En los casos de violencia sexual, es importante avanzar frente al registro histórico de denuncia con las que cuenta la Fiscalía General de la Nación en un periodo amplio, que en muchos casos por las dificultades de investigación han sido archivados y no se ha dado ningún avance al respecto. En virtud de ello, se deberá trabajar en el diseño de metodologías y herramientas adecuadas para la sistematización, documentación, seguimiento y monitoreo de los casos de Violencia Basada en Género, en especial Violencia sexual.

También es importante identificar y reconocer las víctimas en el exterior a partir de diversas bases de datos y no únicamente a través del Registro Único de Víctimas-RUV. El RUV reconoce cerca de 10.000 víctimas en el exterior, sin embargo, estas cifras son tan solo el 2% de la población de nacionalidad colombiana que ha estado en condición o situación de refugio. En este contexto, reconocer como víctimas a aquella población a la que se le ha reconocido el estatus de refugiado a causa del conflicto interno es un imperativo para la JEP.

El Estado debe ser responsable de la integridad de las víctimas dentro del territorio nacional y prevenir la persecución en otros países, especialmente en los países fronterizos. Adicionalmente, estar fuera del territorio nacional no puede ser un argumento que limite el acceso a la justicia de las víctimas en el exterior. Para la implementación del Acuerdo de paz, el Estado no puede basarse en las dificultades dadas por espacialidad para no garantizar el acceso a la justicia y con ello caer en un tratamiento discriminatorio hacia las víctimas en el exterior.

Esta garantía se traduce también en el cubrimiento de gastos judiciales para las víctimas. Debido a sus condiciones de exclusión estructural y pobreza, el Estado colombiano debe garantizar mecanismos adecuados y de fácil acceso para el cubrimiento de los gastos derivados de los procesos judiciales en los que intervengan las víctimas, especialmente aquellas que carecen de recursos para ello, las mujeres, las que pertenecen a pueblos étnicos, sus familiares o representantes, o las que se encuentran en el exterior. Esta medida debe incluir los gastos de desplazamiento, alojamiento, alimentación y demás que garanticen una participación efectiva en las instancias o fases de los procesos judiciales. Igualmente, en el caso de las víctimas en el exterior, dentro del cubrimiento de gastos fiscales para su participación en la JEP, será necesario incluir el traslado temporal de víctimas desde el exterior en casos especiales.

En concordancia con estas barreras de tipo económico que impiden que ciertos grupos especialmente vulnerables accedan a los mecanismos de justicia, es preciso que en el caso de las víctimas de desplazamiento forzado, se aplique una presunción de vulnerabilidad socioeconómica que facilite la provisión de recursos por parte del Estado, para que puedan acceder de manera efectiva a los procedimientos y diligencias que implican el desarrollo del proceso judicial. Tal presunción deberá dar especial observancia a las mujeres desplazadas cabeza de hogar, desplazadas víctimas de violencia sexual, mujeres con diagnósticos complejos, personas en condición de discapacidad y personas de la tercera edad.

• Acompañamiento y asistencia institucional a las víctimas que participan en la JEP

La situación de vulnerabilidad que pueden presentar ciertas víctimas obliga al Estado a garantizar la institucionalización de mecanismos de asistencia y acompañamiento encaminados a que la participación dentro del proceso penal no se convierta en una carga onerosa sino en la realización de un derecho. Dicho acompañamiento y asistencia se traduce, entre otros, en la designación de apoderados judiciales o en la introducción de la representación de los intereses de las víctimas dentro de la JEP en cabeza de uno de sus órganos, por ejemplo, la Unidad de Investigación y Acusación (incluido en aquellos casos en que esta no intervenga directamente). Este acompañamiento debe ser tanto jurídico como psico-social.

Para garantizar la participación de los pueblos étnicos en la puesta en marcha de la JEP, en especial de las víctimas, deberá definirse en consulta con sus instancias representativas una estrategia integral que permita garantizar el derecho de las víctimas a participar en los mecanismos judiciales en todas las fases de las actuaciones.

El Estado colombiano está en la obligación de facilitar asistencia apropiada y étnicamente pertinente para que las víctimas de los pueblos étnicos puedan acceder a la justicia, de manera individual y colectiva. Esta asistencia debe garantizar que los grupos de especial protección como las mujeres, los adultos mayores, los niños, niñas y adolescentes - INIA (en especial los y las huérfanos), puedan acceder a todas las fases de la justicia, incluida la aplicación de sentencias y los procesos de reparación.

Para las víctimas de violencia sexual es importante que se realice una identificación previa de las personas que van a ser el mecanismo. Se debería realizar un primer proceso de acompañamiento institucional desde la perspectiva psicosocial que permita abordar los hechos, las circunstancias desde una mirada terapéutica, y que explique detalladamente los procedimientos, tiempos y acare expectativas antes de realizar la respectiva denuncia judicial. Igualmente, se deberá diseñar acciones que identifiquen necesidades prioritarias de las víctimas (salud, atención humanitaria, entre otras), para generar la activación de mecanismos de respuesta que les permitan acceder a la garantía mínima de estos derechos, facilitando así su participación real y efectiva en el proceso judicial.

Por otro lado, organismos internacionales como el Alto Comisionado para los Refugiados pueden jugar un papel central en la difusión de la información y en el acompañamiento de las víctimas en el exterior que participen en la JEP. Igualmente, organizaciones acompañantes de población refugiada en la región y en otros continentes pueden ser aliados que faciliten los procesos. Finalmente, la participación en los mecanismos de justicia, y eventualmente los retornos temporales para acceder a estos mecanismos, debe realizarse con el acompañamiento de instituciones estatales, como la Defensoría del Pueblo, el Ministerio del Interior o la Unidad para las Víctimas, de manera que se garanticen la seguridad integral y la no repetición de los hechos ocurridos en el marco del conflicto.

• Aplicación de medidas diferenciales para minimizar inconvenientes de acceso a la justicia

La introducción de medidas diferenciales es un imperativo para todo mecanismo complejo de justicia en tanto con ello se cumple un doble propósito: por un lado, se reconocen acciones afirmativas encaminadas a garantizar un equilibrio entre las víctimas y otros sujetos procesales u órganos que participan en la JEP, lo que garantizaría que en lo referente a la lucha por sus derechos dicho escenario no se convierta para las víctimas en un diferendo sino en un litigio al que accederían en igualdad de condiciones, es decir con garantías que eviten cualquier asimetría o ejercicio de la posición dominante por parte de cualquier actor que intervenga en la investigación y sanción de los delitos de competencia de la JEP.

Por otro lado, se contribuya a satisfacer la obligación internacional del Estado de evitar cualquier trato discriminatorio que se traduzca en un obstáculo de acceso a los derechos de las víctimas en razón de su raza, pertenencia étnica, género, condiciones socio-económicas, edad u otra condición preñada por el derecho internacional como fuente de tratos segregacionistas.

De esta manera, además del acceso individual a la justicia, el Estado colombiano debe garantizar procedimientos para que los pueblos étnicos, sus comunidades e instituciones representativas, puedan acceder colectivamente a la justicia, entre otras estableciendo mecanismos para que puedan presentar demandas de reparación y garantizar la obtención de la verdad judicial y la rendición de cuenta de los responsables de las violaciones a sus derechos. Así, por ejemplo, debido a la violencia o por su historia y características territoriales los pueblos étnicos habitan zonas fronterizas o están involuntariamente divididos por fronteras

internacionales, y por lo tanto la JEP deberá garantizar el acceso efectivo a la justicia de estos pueblos, en especial para las víctimas individuales y colectivas, incluidas las víctimas de derecho y reconocimiento extraterritorial necesarias para el reconocimiento de las medidas que están fuera de la jurisdicción del Estado colombiano y que hacen parte de estos grupos. Bajo estas premisas, el Estado colombiano cooperará con estos pueblos y con los Estados involucrados para hacer efectivos los derechos de las víctimas étnicas en el exterior a la justicia, la verdad y la reparación, incluidas las garantías de no repetición.

Por su parte, uno de los primeros cuellos de botella para el acceso a la justicia por parte de las víctimas de violencia sexual tiene que ver la desconfianza ante las instituciones del Estado, persistencia de patrones o conductas discriminatorias, re-victimización, inobservancia del enfoque diferencial, inexistencia de medidas adecuadas y eficaces de protección, inobservancia del principio de buena fe, violencia institucional por culpabilización hacia la víctima, la vergüenza, la debilidad del actuar de instancias judiciales en la materia, los estereotipos de género, el desconocimiento de rutas y procedimientos y la persistencia de otros actores armados en las zonas que son los presuntos victimarios. La JEP deberá nutrirse de una clara estrategia de comunicación de procesos, expectativas y rutas que las víctimas pueden encontrar, así como de acciones conjuntas que garanticen el desmantelamiento de otras estructuras armadas en el país que generan riesgo a las víctimas para acercarse a denunciar.

• Seguridad, prevención y protección especial a víctimas y testigos

Dada su manifiesta vulnerabilidad, el Estado colombiano está en la obligación de adoptar medidas diferenciales y culturalmente pertinentes para proteger la intimidad de las víctimas, protegerlas a ellas y sus representantes de actos de intimidación y represalia, así como a sus familiares y testigos, antes, durante y después del procedimiento judicial, administrativo o de otro tipo.

Es de vital importancia que el Sistema ordinario de Justicia ordinario y la JEP en su conjunto puedan crear canales seguros para la toma de la denuncia, en especial si se habilitan espacios colectivos o máximos, ya que hacen más visibles la participación de las víctimas. En el caso de las de violencia sexual se deben garantizar procesos psico-sociales previos a la denuncia para causar un menor impacto psicológico a la persona, garantizando la escucha apropiada y adecuada orientación, puesto que no haberla preparado previamente puede generar revictimizaciones o reactivar efectos post-traumáticos que no han sido atendidos.

En casos en los cuales las mujeres sean denunciantes debe garantizarse una oferta institucional de protección que debe cobijarlas a ellas y a sus hijos e hijas, ya que la mayoría de medidas no lo hace a pesar que este tipo de medidas son parte esencial para garantizar el cuidado de la vida misma. Adicionalmente, en el caso de las mujeres líderes se requieren medidas adicionales, que deriven en redoblar esfuerzos dirigidos a adelantar investigaciones sobre las amenazas y riesgos a que están expuestas, basadas en la debida diligencia, pues su condición las expone a mayores riesgos de género y de seguridad.

Por su parte, la participación en los mecanismos de justicia no debe poner en riesgo la protección internacional de la población colombiana en el exterior. Se deben realizar comunicaciones formales y acuerdos especiales con los países de acogida que permitan la efectiva participación, sin que ello se interprete como el restablecimiento de las condiciones de seguridad en Colombia ni la protección del Estado colombiano, es decir, que acceder a la justicia no sea por ningún motivo causal de cesación de la condición de refugiado.

GARANTÍAS / MÍNIMOS 15

En el caso de las víctimas en el exterior, se puede acudir a organismos internacionales para que faciliten los procedimientos requeridos. En algunos casos, se podrá acudir a las funciones notariales de los consulados, igualmente, se pueden utilizar herramientas virtuales. Para garantizar la participación de las víctimas en el exterior en las audiencias éstas podrían realizarse a través de herramientas virtuales de transmisión e intervención directa y presencial en casos especiales.

• Medidas especiales para garantizar el debido proceso de las víctimas

La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que el debido proceso es un conjunto de garantías que se extiende con dimensiones de protección reforzada a las personas perjudicadas por violaciones a derechos humanos, en el sentido que es obligación del Estado colombiano garantizar un recurso efectivo para la investigación y sanción de las violaciones y la obtención de la reparación de los daños en un plazo razonable. En este sentido, la JEP debe garantizar no solamente el debido proceso a los responsables de las violaciones que se sometan a sus procedimientos, sino también a las víctimas, como derecho fundamental que les asiste a éstas de contar con reglas sustanciales y procedimentales encaminadas a protegerlas y a defender o preservar el valor material de la justicia, a la luz de la jurisprudencia de la Corte Constitucional³.

En este contexto, la JEP deberá establecer mecanismos para que las víctimas de los pueblos étnicos, sus familiares y representantes sean oídas y puedan participar en todas las instancias en los procesos judiciales. Estos mecanismos deben garantizar tiempo y medios adecuados para su participación y otras medidas pertinentes para el intercambio de información.

Al respecto de las investigaciones judiciales sobre violencia sexual, hasta la fecha, la Fiscalía General de la Nación ha venido desarrollando una estrategia diferenciada según el presunto agresor, es decir, cuenta con herramientas, metodologías, acceso a información y avances en la investigación de manera desigual según quien ha sido el perpetrador. Si bien seguramente en materia metodológica se requieren ajustes respecto de cada grupo armado, o la zona del país por tipos de patrones, es imperante que la JEP asuma de manera igualitaria, y con el mismo impulso, la investigación de todos los casos de su conocimiento. El tipo de estrategias diferenciadas genera trato discriminatorio, y dilata los tiempos de respuesta de justicia al que tienen derecho las víctimas, y a quienes en ningún momento se les explica las demoras judiciales.

Es de vital importancia que en el proceso se pueda tomar en cuenta los "patrones típicos de la violencia sexual" que ya ha señalado la Corte Constitucional en el Auto 092 de seguimiento a la Sentencia T025 de 2004, y complementar los delitos albergados en la Ley 1719 de 2014, para comprender el amplio abanico de agresiones físicas, emocionales y psicológicas que padecen las víctimas de violencia sexual en el marco del conflicto armado. Además de tener en cuenta la presunción constitucional de conexidad consistente en que se presume que " un acto de violencia sexual cuenta con una relación cercana y suficiente con el conflicto armado y la violencia generalizada, si ha ocurrido en una región o localidad en la que

3 Según la Corte Constitucional, la garantía mínima que integra el debido proceso son el derecho al juez natural, el derecho a ser juzgado con la ley que se aplicó al momento de cometerse el hecho, el derecho a ser juzgado por un juez competente, el derecho a ser juzgado por un juez imparcial, el derecho a ser juzgado por un juez independiente, el derecho a ser juzgado por un juez profesional, el derecho a ser juzgado por un juez que no tiene un conflicto de intereses, el derecho a ser juzgado por un juez que no tiene un conflicto de intereses, el derecho a ser juzgado por un juez que no tiene un conflicto de intereses, el derecho a ser juzgado por un juez que no tiene un conflicto de intereses.

GARANTÍAS / MÍNIMOS 16

2. GARANTÍAS PROCESALES O DE PARTICIPACIÓN EFECTIVA EN EL PROCESO PENAL

• Garantías para la participación de las víctimas en Audiencias públicas y en las demás actuaciones o fases judiciales

La participación de las víctimas en las Audiencias públicas es fundamental para validar en forma completa los procesos. Para una efectiva participación de las víctimas es necesario garantizar la seguridad física inmediata y futura de ellas teniendo en cuenta posibles procesos de repetición por la persistencia de actores armados asociados a los procesos que se consideran.

En los casos en que las víctimas pertenecían a grupos o pueblos étnicos, las garantías antes señaladas deberán contemplar recursos que faciliten la participación efectiva en los procesos judiciales, incluidas las iniciativas de investigación, en los casos en que aplique. Como se ha dicho, estas garantías deberán contemplar gastos de desplazamiento, alojamiento y alimentación, al igual que los gastos relativos a las traducciones de los documentos, traductores a sus lenguajes y otras medidas apropiadas para garantizar su acceso efectivo a los procesos de enjuiciamiento,

en los términos establecidos en los artículos 32 de Decreto Ley 4633 y 35 del Decreto Ley 4635 y demás normativa aplicable.

Cuando se trata de mujeres víctimas de violencia sexual es importante evitar posibles procesos de revictimización en el ámbito público de la audiencia. Facilitar su participación mediante acuerdos con el nivel cultural, su estado emocional y habilidades comunicativas por parte de las víctimas. En los casos en los que la comunicación verbal directa se dificulte por cualquier circunstancia deberán facilitarse declaraciones escritas construidas a partir de encuentros directos y privados en los que las víctimas puedan manifestar con menor tensión y confianza su situación. Del mismo modo, su participación deberá contar con acompañamiento psicosocial, mediante profesionales cualificados en materia de Violencia Sexual.

GARANTÍAS / MÍNIMOS 17

hacen presencia actores armados, cualquiera que sea su denominación o modus operandi". Para que se configure la presunción "basta que se presenten dos elementos objetivos: (i) la ocurrencia de una agresión sexual, y (ii) la presencia de actores armados".

Es importante recalcar que debe existir un mecanismo especial que garantice los derechos de niñas y niños en el proceso, así como en el caso donde la víctima era mayor de edad pero la violencia sexual se produjo cuando se era menor de edad. Esto implica un reconocimiento de los impactos diferenciados por ciclo vital, y de las medidas de reparación restaurativa que esperarían las víctimas en su vida adulta.

• Representación judicial de las víctimas

El Estado colombiano debe garantizar los medios y mecanismos para que las víctimas, especialmente aquellas consideradas como sujetos de especial protección jurídica, como son las pertenecientes a los pueblos étnicos, las mujeres de la RWA, individual o colectivamente consideradas, accedan al derecho a la representación judicial. Esta representación debe ser sensible a sus particularidades territoriales y culturales, y por tanto debe contemplar recursos humanos y financieros pertinentes.

En el caso de las víctimas pertenecientes a pueblos étnicos, esta exigencia se traduce en especial en lo relativo a traducciones y traductores y otros medios para garantizar que los representantes de las víctimas comprendan y se hagan comprender en todos las instancias del proceso judicial. De manera particular para las víctimas en el exterior, respecto de quienes los costos de transporte son altos y en algunos casos la población no puede regresar al país porque corre el riesgo de perder el estatus de refugio, se debe facilitar su representación judicial de las víctimas y un mecanismo de flexibilización de notificaciones y mecanismos de apelación. Las organizaciones acompañantes de población refugiada en el exterior ya están apoyando a las víctimas para la realización de recursos de apelación en la política de reparación a víctimas y podrían ayudar también en procesos para el acceso a la justicia dentro de la JEP.

GARANTÍAS / MÍNIMOS 18

• Sistema flexible de notificaciones y mecanismos de apelación en casos étnicos

Las notificaciones deben contar con un enfoque étnico, y en los casos en que aplique, deberán realizarse en los lenguajes de los pueblos étnicos involucrados. Dado el aislamiento o falta de conectividad de algunas comunidades étnicas, deben garantizarse los recursos y medios adecuados para garantizar que las notificaciones lleguen de forma efectiva y oportuna a sus titulares.

Los tiempos de apelación deben garantizar que las víctimas de los grupos étnicos puedan acceder de forma efectiva a estos mecanismos, entre otros valorando su situación territorial y las particularidades culturales necesarias para la comprensión de los fallos y los medios y métodos de apelación.

• Enfoque diferencial, étnico y racial, y de género

La política pública respecto a víctimas tiene como principio consagrado el enfoque diferencial y de género a lo largo de toda su normativa y como parte de un largo proceso de reconocimiento jurisprudencial previo. Sin embargo, ha sido uno de los retos de diseño e implementación más precario y dilatado por la administración pública en todos los niveles. Es un reto que en conjunto el Sistema de VJR en el que se inserta la JEP pueda versar sobre garantías de manera específica para materializar un acceso a la justicia, a la verdad, a que las medidas de reparación judiciales y administrativas puedan responder a la realidad contextual de las víctimas y en particular a las medidas que puedan garantizar la no repetición de los hechos.

Por su parte, la necesidad de que la JEP identifique los patrones étnico-raciales que subyacen a las formas de victimización de los pueblos étnicos presuponía la incorporación de un enfoque étnico-racial en todas las fases del proceso judicial, entre otras incorporando la legislación internacional aplicable para la prevención de la discriminación, en especial el Convenio Internacional para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación de la Mujer, el Convenio 169 de la OIT y demás normativa aplicable.

Finalmente, aprovechando de las garantías para la lucha contra la impunidad y no re-victimización dentro de la JEP se debe partir de los múltiples perfiles de la población refugiada y por tanto, se requiere contemplar mecanismos incluyentes y alternativos para su participación en el esclarecimiento judicial de las violaciones y acceso a medidas proporcionales de justicia. No toda la población exiliada y refugiada son exiliados políticos ni tienen altos niveles de educación que facilite acceder a procesos complejos. El 91% de la población refugiada reside en los países fronterizos y una gran parte proviene de departamentos de frontera, con significativa presencia de población afrodescendiente e indígena. En ese sentido, el enfoque diferencial es central.

4. Los perfiles de la población colombiana víctima del conflicto armado, que reside en el exterior son múltiples. Si se pueden identificar según el perfil migratorio: 40% son de procedencia internacional, si según el perfil socioeconómico: 80% según la postura política e ideológica, si según el origen profesional: el 40% pertenecen a docentes, afrodescendientes, mujeres, población LGTB. Si según la colectividad a la que pertenecen en Colombia: indígenas, sindicalistas, políticos, académicos. Y, si el lugar que desplazaban en la sociedad antes de ser exiliados: líderes, defensores comunitarios, campesinos, defensores de derechos humanos, entre otros.

En este contexto, las víctimas deben ser tratadas de forma sensible a sus circunstancias de vida actuales y en razón de su condición de sujetos de especial protección constitucional, entre otras han de adoptarse medidas apropiadas y una atención especial para que los procedimientos judiciales garanticen su seguridad, bienestar físico, psicológico y su intimidad, así como la de sus familias, en particular en lo referente a requerimientos y asuntos probatorios. Así mismo, será necesaria la provisión de mecanismos que permitan la participación efectiva de víctimas en condición de discapacidad, en especial para las mujeres, teniendo en cuenta que gran parte de las mujeres en condición de discapacidad víctimas de Violencia Sexual u otros hechos, enfrentan mayores barreras para acceder a los procesos judiciales y de restablecimiento de sus derechos.

La JEP deberá dar un papel preponderante a las víctimas de los grupos étnicos en todo el proceso probatorio, en particular en la reunión, el intercambio y la conservación de las pruebas. En ningún caso esto significa que se le deba tratar como fuentes de información o "meros" testigos, sino como titulares de derechos en el proceso probatorio y de investigación de los crímenes perpetrados en su contra.

Las víctimas, al conocer las particularidades de los crímenes y patrones de actuación de los perpetradores de los crímenes en su contra pueden desempeñar un papel decisivo en materia probatoria y por lo tanto en la determinación de los cargos, de ahí la importancia de que se garantice su participación en las fases preliminares de la actuación judicial, incluida la investigación y formulación de cargo, otorgando especial centralidad a su relato. Para ello se precisa de aplicar las pautas que la Corte Constitucional ha establecido para la recepción e interpretación probatoria y de coherencia de los testimonios y declaraciones que presentan las víctimas de desplazamiento forzado, y hacerlas extensivas a las de otros hechos victimizantes.

En efecto, será necesario aplicar reglas probatorias de flexibilización pro víctima como la aplicación del hecho notorio respecto de la dimensión inmaterial de las violaciones, presunciones de dolo e inversión de la carga de la prueba respecto de los derechos alegados por las víctimas en el marco de los procedimientos judiciales enmarcados en la JEP.

Respecto de las víctimas en el exterior, es central que los testimonios a ellas requeridos se realicen con todas las medidas necesarias que eviten la re-victimización y la afectación psicosocial de las personas. Para estos procesos se recomienda acudir a organizaciones acompañantes que pueden eventualmente brindar apoyo psicosocial. Este componente es uno de los vacíos más fuertes de la actual política administrativa de atención y reparación respecto de las víctimas en el exterior. Los mecanismos de participación de las víctimas en el exterior deben estar sumamente articulados y ser efectivos, de manera tal que las narrativas de la población sean útiles para los procesos de verdad, justicia y reparación.

3. GARANTÍAS PROBATORIAS

• Aplicación del artículo 37 de la ley 1448 de 2011 y del artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

El artículo 37 de la ley 1448 de 2011 establece que toda víctima tiene derecho, "siempre que lo solicite, a ser oída dentro de la actuación penal, a pedir pruebas y a suministrar los elementos probatorios que tenga en su poder". Lo anterior implica que las autoridades y órganos competentes de la JEP podrán interrogar a la víctima para el esclarecimiento de los hechos investigados, con pleno respeto de sus derechos, en especial, su dignidad y su integridad moral, utilizando un lenguaje y una actitud adecuados que impidan su re-victimización.

Al efecto, la Corte Constitucional en sentencia C-438 de 2013 señaló que la norma anteriormente destacada reitera "un derecho que les asiste a las víctimas de ser tratadas con dignidad, humanidad y respeto pleno de sus garantías fundamentales, en el trámite de causas penales, con la obligación correlativa de las autoridades de ofrecer dicho trato y evitar que sean re-victimizadas".

Para la Corte, "en el ámbito de las normas constitucionales, esta obligación encuentra sustento en el deber de las autoridades de propender por el goce efectivo de los derechos de todos los residentes en Colombia (Art 2 C.N.), en la supremacía de los derechos inalienables de la persona (art. 5 C.N.), en el derecho de acceso a la administración de justicia (art. 29 y 229 C.N.), en el derecho a no ser objeto de tratos crueles, inhumanos o degradantes (art. 12), en el deber de asistencia que tiene el Fiscal General de la Nación respecto de las víctimas dentro del proceso penal (Art. 250 C.N.), así como en el derecho a un recurso judicial efectivo, previsto en la Convención Americana de derechos Humanos (art. 1, 8 y 25)".

• Presencia de las víctimas en declaraciones de los responsables y modalidades especiales de testimonio

Los artículos 39 a 42 de la Ley 1448 de 2011 presentan algunos ejemplos de modalidades especiales de testimonios y declaraciones cuya aplicación sería útil en la implementación y funcionamiento de la JEP. Así, por ejemplo, se contempla la declaración a puerta cerrada como aquella que la víctima rendiría en recinto cerrado, de oficio o a petición de parte, cuando por razones de seguridad, o porque la entidad del delito dificulta la descripción de los hechos en audiencia pública o cuando la presencia del inculpaado genere alteraciones en el estado de ánimo de las víctimas. En este caso, se tendría que informar a la víctima que su declaración será grabada por medio de audio o video.

También se ha contemplado el testimonio por medio de audio o video "con la condición que este procedimiento le permita al testigo ser interrogado por el Fiscal (o en este caso el funcionario asignado de la Unidad de Investigación y Acusación), por la Defensa y por el funcionario del conocimiento, en el momento de rendir su testimonio". En todo caso, se deberá garantizar la veracidad, privacidad, seguridad, bienestar y dignidad del testigo. En el caso de los niños, niñas y adolescentes (NNA) víctimas, el Investigador o Magistrado tendrán la obligación de protegerles y garantizar todos los medios necesarios para facilitar su participación en los procesos judiciales, así como el derecho, de oficio o por solicitud de la Unidad de Investigación y Acusación, del Ministerio Público o de la propia víctima, de medidas especiales orientadas a facilitar el testimonio de la víctima, un niño o niña, adolescente, un adulto mayor o una víctima de violencia sexual.

En este caso, los funcionarios competentes tendrán que controlar diligentemente la forma de interrogar a fin de evitar cualquier tipo de hostigamiento o intimidación. También en este tipo de testimonios, se deberá contemplar la posibilidad de decretar que el testimonio de la víctima sea recibido con acompañamiento de personal experto en situaciones traumáticas, tales como psicólogos, trabajadores sociales, sicuistas o terapeutas, entre otros. Es necesario que se le permita a la víctima también ejercer el derecho de elegir el sexo de la persona ante la cual desea rendir cualquier tipo de declaración.

En este orden de ideas, la JEP deberá establecer los medios tendientes a garantizar que las víctimas, sus familiares y representantes puedan estar presentes en las declaraciones de los presuntos responsables, cuando hayan expresado libremente su voluntad de hacerlo. Así, por ejemplo, en los casos relativos a los grupos étnicos deberán tenerse en cuenta sus formas de organización y representación, y en los casos en los que aplique, se deberá garantizar la participación de sus respectivas autoridades. Estos procesos deben garantizar la protección de la integridad de las víctimas, sus familiares y representantes.

La participación de las víctimas de los pueblos étnicos en los procesos penales deberá tener en cuenta su situación territorial y cultural, y por lo tanto, modular formas especiales de testimonio a través de medios digitales, documentales u otros que se puedan establecer en consulta y participación con sus representantes y autoridades.

• **Acompañamiento psico-social**

Los distintos hechos victimizantes ocasionan un gran impacto en el estado emocional y psicológico de las víctimas, además de generar rupturas en los tejidos sociales de las comunidades. Por ende, un acompañamiento psicossocial constituye un apoyo fundamental para el desarrollo de los procesos de ejercicio de la justicia. Es clave que se pueda proveer un acompañamiento individual, familiar o colectivo a las víctimas de violencia sexual en todas las fases: preparatorias, de denuncia, procesal, probatoria y de acceso a las medidas judiciales respectivas.

En este caso no se trata de un momento particular dentro de la ruta institucional de acompañamiento, sino que deben darse garantías de continuidad y de ser necesario remitirlas al sistema de salud física y mental. En el caso de las audiencias públicas, el acompañamiento psicossocial debe ser un componente esencial para garantizar un estado emocional y psicológico que le permita a la víctima afrontar con dignidad y capacidad de agencia las vicisitudes de este tipo de procesos. Finalmente, el acompañamiento psicossocial no debe terminar en el proceso en sí, sino que debe contemplar un seguimiento a las víctimas que lo requieran con posterioridad al mismo y con especial énfasis en el seguimiento al cumplimiento de los fallos y sentencias.

Para el acompañamiento psicossocial de las víctimas de los pueblos étnicos es necesaria la introducción de un módulo étnico dentro de la JEP, en consulta con sus representantes y autoridades, entre otras de conformidad con los artículos 88 de Decreto Ley 4635 y, 117 y 118 del Decreto Ley 4633 y demás normatividad aplicable.

Por su parte, deberán aplicarse las garantías procesales especiales para las víctimas de violencia sexual establecidas en el Estatuto de Roma, incluidas las definidas en los artículos 19 del Decreto Ley 4633 y 33 del Decreto Ley 4635 y demás normativa aplicable. Adicionalmente, los fallos judiciales deben incluir garantías de acceso al derecho a la salud sexual y reproductiva en condiciones dignas de las víctimas de violencia sexual.

En el caso de los pueblos étnicos, por ejemplo, para la conservación de archivos y para garantizar la seguridad de la información judicial relativa a las víctimas será central identificar y proteger los registros administrativos y de otra índole de sus tierras y territorios, sus organizaciones e instituciones representativas que puedan informar los procesos judiciales.

Así mismo, deberán identificarse las solicitudes de protección y demás quejas o requerimientos que estos pueblos hayan presentado ante las diferentes autoridades del Estado, en especial en los territorios o jurisdicciones sub-nacionales en las que habitan, así como la información perteneciente a las instituciones del Estado con funciones específicas en materia de asuntos étnicos, entre otras las gubernamentales o del Ministerio Público.

• **Protección y confidencialidad respecto de los datos de las víctimas**

Es de vital importancia que se ofrezca la seguridad de la información con respecto a los datos de las víctimas, pero se debe garantizar un sistema de medidas de confidencialidad (por ejemplo: vía haberes data o de manejo de uso de los datos por parte de entidades del Estado), para que la institucionalidad pueda garantizar la materialización de las decisiones judiciales por cuanto en lo concerniente a las medidas administrativas, muchas veces las autoridades se excusan en la reserva de la información para no cumplirlas o hacerlas efectivas.

En el caso de las víctimas en el exterior, la información personal no debe ser pública y debe garantizarse la confidencialidad de los datos referentes a la intimidad de las personas. Lo anterior en razón a que en muchos casos los victimarios continúan cometiendo delitos y podría reiterarse la persecución, inclusive fuera de las fronteras del país. Adicionalmente, la seguridad de las víctimas en el exterior es un asunto particularmente delicado por tratarse de población que vivió en el exilio, y en los algunos casos en el anonimato, la única forma de sobrevivir.

• **Deberes de conservación de archivos y seguridad de la información judicial**

El Estado tiene deberes de conservación de archivos que cumplen varios propósitos respecto de los derechos de las víctimas. Por ejemplo, la conservación de los archivos judiciales garantizaría la verdad judicial en el sentido que protegería la información de cualquier alteración externa.

Por esa misma línea, la conservación de archivos judiciales es una garantía de debido proceso para todos los sujetos procesales, especialmente para las víctimas, en tanto contribuye a la transparencia, organización y cadena de custodia respecto de los documentos recaudados en el marco de los procesos penales. También la conservación de archivos judiciales, mediante un protocolo que la Secretaría Ejecutiva de la JEP podría promover al respecto, facilitaría sustancialmente la interrelación informativa entre la JEP, la jurisdicción penal ordinaria e instancias extrajudiciales de esclarecimiento histórico y de la verdad. Finalmente, contribuye al deber estatal de memoria conforme a los principios

1 a 4 de los Principios Joinet, lo que en el sentir de la Corte Interamericana de Derechos Humanos tiene un contenido claramente reparativo en sus dimensiones individual y colectiva.

En este contexto normativo, el diseño del protocolo de conservación de archivos judiciales debe ceñirse a los estándares internacionales existentes en la materia. La Comisión de Seguimiento a la Política Pública sobre Desplazamiento Forzado ha sugerido reiterativamente al Estado colombiano aplicar la Directiva No. 001 de febrero de 2010 expedida por la Procuraduría General de la Nación como modelo interinstitucional de garantía de no destrucción, alteración, falsificación o sustracción de documentos, con el objetivo de que se proteja la integridad, autenticidad, veracidad y fidelidad de la información de los elementos constitutivos de archivo mediante la adopción de un sistema de medidas de seguridad y de control de acceso y consulta.

Anexo. GARANTÍAS PARA LA VERDAD, LA JUSTICIA Y LA REPARACIÓN DE LAS VÍCTIMAS EN LA JEP

• **Medios de articulación entre JEP y Comisión de la Verdad**

La integralidad y coherencia del sistema de VJR contemplado en el Acuerdo de Paz obliga a los distintos órganos e instituciones que lo componen a desplegar acciones y establecer estrategias coordinadas para garantizar su articulación permanente y en clave de la satisfacción de los derechos de las víctimas. Lo anterior contribuiría a la integralidad del resarcimiento desde la perspectiva de la cohesión y complementariedad de las medidas sobre verdad, justicia y reparación que es necesario garantizar a las y los perjudicados por las violaciones que son objeto del sistema.

Uno de los escenarios de articulación necesaria se encuentra compuesto por la JEP y la Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad (CEV) en el sentido que se hace necesario garantizar la interrelación entre éstas con el objetivo de satisfacer el derecho a la verdad desde sus dos perspectivas: judicial e histórica.

Así por ejemplo, en lo referente a las víctimas pertenecientes a pueblos étnicos, la JEP y la CEV deben garantizar su articulación con los sistemas de justicia propios de dichos pueblos, entre otras en cumplimiento del Capítulo Étnico incorporado en el Acuerdo Final de manera que estos mecanismos se deben articular y reforzar mutuamente.

Igualmente, en materia de género, en el caso de la CEV se ha propuesto que esta pueda adelantar acciones específicas que ayuden a esclarecer los patrones, circunstancias y motivos por los que fue utilizada la violencia sexual como arma de guerra, haciendo una contribución a la Verdad. Se espera que se garantice que el equipo de género y derechos de la mujer de la JEP tenga un trabajo estrecho con el equipo similar que debe tener la CEV para la materia, a fin de cruzar metodologías, instrumentos y hallazgos que sean pertinentes y claves para la función de cada uno como parte del Sistema de VJR.

• **Articulación y coherencia entre JEP y reparaciones administrativas**

En ningún caso se deberá asimilar la reparación administrativa a la reparación judicial en materia de reparaciones a las víctimas o sus familiares, salvo que se demuestre sin lugar a dudas que en los casos en que haya precedido alguna forma de reparación administrativa ésta fue proporcional al daño sufrido y corresponde de forma específica a un crimen identificado de forma exhaustiva y reparado de forma integral.

Respecto de las mujeres víctimas, a ellas se les debe garantizar el acompañamiento técnico y jurídico permanente en las instancias judiciales con el objetivo de que aquellas mujeres que no puedan llevar sus casos a la JEP, como mínimo se les garantice el pleno acceso a rutas de salud, para la atención psicosocial y médica requerida.

En todo caso, la articulación y coherencia entre la JEP y reparaciones administrativas puede ser una oportunidad para que las víctimas en el exterior puedan contar con medidas de reparación adecuadas, teniendo en cuenta las afectaciones y al contexto propio de las víctimas en el exterior. Lo anterior es una demanda reiterada a la UARIV debido a las limitaciones que en materia de reparación a víctimas en el exterior actualmente presenta.

• **Aplicación de criterios de justicia restaurativa**

La aplicación de una justicia restaurativa en materia de reparación de las víctimas debe implicar que en todas las sentencias judiciales la reparación ha de ser proporcional a la gravedad de las violaciones y al daño sufrido, y debe contemplar la devolución de los bienes y lucro cesante o una indemnización correspondiente cuando la restitución no sea materialmente posible. El objetivo de las reparaciones debe ser además la transformación de las condiciones que permitieron la victimización, por lo tanto la reparación debe contemplar también las acciones u omisiones que puedan atribuírsele al Estado.

Lo anterior también obliga a la construcción de criterios restaurativos que permitan determinar la proporcionalidad de las sanciones que tengan un contenido reparador. Para ello será necesario consultar a las víctimas respecto del contenido reparador de las sanciones especiales a ser aplicadas en la JEP en los casos contemplados para ello. En los casos en que las víctimas y victimarios pertenezcan a pueblos étnicos las consultas deberán realizarse teniendo en cuenta las estructuras de representación y las autoridades de los pueblos étnicos, al igual que la cultura y sus lenguajes propios.

**CONSULTORÍA PARA LOS DERECHOS HUMANOS Y EL DESPLAZAMIENTO
- CODHES**

Estrategia de incidencia en la implementación del Acuerdo de Paz desde el enfoque de las víctimas

PROPUESTA DE DOS PROPOSICIONES PARA MODIFICAR EL PROYECTO DE ACTO LEGISLATIVO 02 DE CAMARA, ACUMULADO CON PROYECTO DE ACTO LEGISLATIVO 03 CAMARA DE 2016

A. JUSTIFICACIÓN

De conformidad con el Acuerdo de Paz suscrito en 2016 entre el Gobierno nacional y las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC-EP), son objetivos del sistema integral de Verdad, Justicia y Reparación (VJR) y en especial de la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP), entre otros, satisfacer el derecho de las víctimas a la justicia, ofrecer verdad a la sociedad colombiana, contribuir a la reparación de las víctimas y contribuir a luchar contra la impunidad.

Dentro de sus principios rectores se destacan en dicho marco: (1) La centralidad de las víctimas y de sus derechos a la verdad, la justicia, la reparación y la no repetición (VJR); (2) la condicionalidad del tratamiento especial previsto en ella a que se contribuya a la satisfacción de dichos derechos; (3) la integralidad en el sentido de su coherencia con los demás órganos del Sistema Integral de VJR lo que se debe traducir en garantizar una contribución efectiva y articulada a las medidas de satisfacción de los derechos de las víctimas; (4) el debido proceso; (5) el enfoque diferencial y de género, en el sentido que la JEP deberá tener en cuenta las distintas consecuencias e impactos desproporcionados de las violaciones en relación con sujetos de especial protección y sus órganos deberán conformarse con criterios de equidad de género y respeto a la diversidad étnica, religiosa y cultural.

En el contexto de implementación del Acuerdo de Paz, y específicamente en relación con la JEP, el Estado colombiano se encuentra obligado a la luz de las fuentes de derecho internacional, a adoptar procedimientos legislativos y administrativos apropiados y eficaces y otras medidas apropiadas que den un acceso equitativo, efectivo y rápido a la justicia a las víctimas; a disponer para ellas recursos suficientes, eficaces, rápidos y apropiados; y a asegurar que el derecho interno proporcione como mínimo el mismo grado de protección a las víctimas que el que imponen sus obligaciones internacionales.

B. PROPOSICIONES

1. ADICIONAR UN PARÁGRAFO AL ARTÍCULO TRANSITORIO PRIMERO, DEL PROYECTO DE ACTO LEGISLATIVO 02 DE CAMARA, ACUMULADO CON PROYECTO DE ACTO LEGISLATIVO 03 CAMARA DE 2016, DEL SIGUIENTE TENOR:

"Parágrafo: Se garantizará la participación real y efectiva de las víctimas en todas las actuaciones del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No repetición, sin excepción de ningún mecanismo u órgano que lo conforme. Para el efecto se creará una Unidad de acompañamiento y participación de víctimas en dicho sistema.

Una ley desarrollará las garantías procesales, sustanciales, probatorias y de acceso, encaminadas a que las víctimas puedan satisfacer sus derechos a la verdad, justicia y reparación en el marco de la Jurisdicción Especial para la Paz, y que atiendan como mínimo, a los principios rectores de: centralidad de las víctimas y sus derechos; tratamiento penal especial condicionado a la garantía de los derechos de las víctimas; integralidad; debido proceso y enfoque diferencial y de género"

2. MODIFICAR EL ARTÍCULO TRANSITORIO QUINCE, DEL PROYECTO DE ACTO LEGISLATIVO 02 DE CAMARA, ACUMULADO CON PROYECTO DE ACTO LEGISLATIVO 03 CAMARA DE 2016, DEL SIGUIENTE TENOR:

*"Artículo transitorio 15. Reparación Integral en el Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No repetición. En el marco del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No repetición el Estado garantizará el derecho a la reparación a las víctimas de graves violaciones a los Derechos Humanos e infracciones al Derecho Internacional Humanitario que hayan sufrido daños, individual o colectivamente con ocasión del conflicto armado. La reparación será garantizada por el Estado de manera integral, adecuada, diferenciada y efectiva, **PRIORIZANDO EN EL ACCESO A LAS MEDIAS A LOS SUJETOS DE ESPECIAL PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL Y GARANTIZANDO LAS FUENTES DE FINANCIACIÓN PROGRESIVAS PARA LA REPARACIÓN EN UN CONTEXTO DE IGUALDAD DEL UNIVERSO DE VÍCTIMAS RECONOCIDAS EN EL MARCO DEL ACUERDO FINAL DE PAZ.**"*

– Doctora Esther Marina Gallego Zapata Coordinadora Nacional Ruta Pacífica de las Mujeres



APORTES DESDE LOS PROCESOS DE LAS MUJERES AL ACTO LEGISLATIVO 002 DEL 2016.

Estos aportes han sido fruto de trabajo realizado con organizaciones de mujeres en las regionales donde la Ruta Pacífica ha trabajado durante 20 años. Respecto al Acto Legislativo reconocemos las disposiciones transitorias para la terminación del conflicto, en este caso el Sistema Integral con sus 8 Capítulos. Consideramos que es de vital importancia el respeto por lo acordado en la Mesa de negociaciones y firmado por las partes el 24 de noviembre del 2016. En ese sentido para las mujeres es central que el acuerdo sobre víctimas desarrollado en este Acto Legislativo, conserve la integridad del Acuerdo de paz y no sea objeto de modificaciones que genere inseguridad jurídica.

Debe mantenerse el espíritu de los acuerdos entre las partes, además, por ser un tema trascendental para el país, al poner fin a más de 50 años de conflicto interno. También porque este punto puso a las víctimas como centro del mismo, lo que hace que sea un buen acuerdo respecto a otros procesos negociados en el mundo. Se hace entonces necesario que el texto del acuerdo se traslade al Acto Legislativo sin interpretaciones que puedan modificar lo acordado y erosionar la salida negociada lograda entre las partes.

Las mujeres apoyamos este punto y su desarrollo para garantizar la seguridad jurídica porque será una oportunidad para avanzar en la Verdad, la Justicia y la Reparación, y muy especialmente la no repetición que esperamos frente a los hechos que han golpeado gravemente a las mujeres en sus vidas y sus cuerpos. Los cambios e interpretaciones del acuerdo no acordes con lo firmado por las partes, podrían ponerlo en riesgo y tener repercusiones en la reparación y en la reconciliación del país.

Las organizaciones de mujeres que hemos trabajado durante décadas por la salida negociada y con las mujeres sobrevivientes del conflicto armado desde el enfoque de ciudadanía de derechos, hemos constatado la importancia que tiene para sus vidas la Verdad y la reparación en un marco de no repetición que está expresado en su deseo por que se termine la guerra y las violencias que está trae donde sus vidas están altamente impactadas por esta situación. La Ruta Pacífica llevo a cabo una Comisión de la Verdad con 1000 testimonios de mujeres cuyo informe fue presentado en el 2013. Esta Comisión refleja que la Justicia para las mujeres es importante, pero debe ir acompañada de la verdad, la dignificación, el reconocimiento y una adecuada reparación. Sin estas premisas no puede hablarse de justicia, a la justicia especial llegaran solo algunos hechos y perpetradores, no podrá juzgarse el universo de hechos que ha habido. Por ello llamar este proceso de verdad y reparación así como la incidencia para que efectivamente en Colombia no vuelva a haber guerra es ya un elemento de justicia para las mujeres que además contribuye al proceso de reconciliación que como país debemos avanzar.

La importancia de hacer hincapié en el mecanismo restaurativo del acuerdo que cumple dos condiciones 1. es una pena alterna por los crímenes cometidos con ocasión del conflicto armado y 2. cumple la función de ser elemento reparado para las mujeres víctimas y especialmente a las comunidades directamente afectadas.

Reiteramos que es imprescindible la autonomía de las diferentes ramas de la JEP. La Comisión de la Verdad, los tribunales especiales de paz, incluyendo la Secretaría Ejecutiva, así como lo relacionado con la Comisión de búsqueda de desaparecidos y las reparaciones todas deben tener suficientes facultades para su desarrollo y el artículo 7 las limita. Aunque son organismos interdependientes, es importante mantener sus funcionamiento y reglas internas para que no haya lugar a falta de imparcialidad y cruce de funciones.

Las mujeres aportaremos en los diferentes mecanismos de la JEP pues tenemos metodologías probadas y experticias para lograr que las mujeres sean las principales protagonistas al desarrollo de la Jurisdicción, esta hará la diferencia y mostrará el avance en esta materia para el país y para el mundo.

Ratificamos la aditiva aprobada por la Cámara impulsada por las Representantes referida a "El sistema integral tendrá un enfoque diferencial y de género, que corresponde a las características particulares de la victimización en cada territorio y cada población y en especial a la protección y atención prioritaria de las mujeres y de los niños y niñas víctimas del conflicto armado. La conformación de todos los componentes del Sistema Integral debe tener en cuenta la participación equitativa entre hombres y mujeres". Este punto no puede convertirse en retórica es una obligación constitucional del Estado.

También proponemos que haya una referencia explícita a los grupos étnicos, lo que es un elemento que puede redundar en falta de aplicación de enfoque interseccional en favor de mujeres afrodescendientes, indígenas y Rom.

Para lo anterior debe tenerse en cuenta en todo el sistema integral los procesos organizativos y territoriales de las mujeres existentes y los aportes que tienen. No se parte de cero para poder demostrar en el Sistema Integral que las mujeres víctimas y las organizaciones de mujeres serán protagonistas de la convivencia y la reconciliación en el país.

RUTA PACÍFICA DE LAS MUJERES.

LA PAZ ES IMPARABLE Y SE HARÁ CON LAS MUJERES.

– Doctor Rodrigo Uprimny de Justicia

BALANCE GENERAL Y REFLEXIONES DEL PROYECTO DE ACTO LEGISLATIVO 02 DE 2016 CÁMARA / ACUMULADO CON EL PROYECTO DE ACTO LEGISLATIVO 03 DE 2016 CÁMARA

Rodrigo Uprimny Yepes
Diana Isabel Gúiza Gómez

El presente texto² somete a consideración de la opinión pública y del Congreso de la República algunas reflexiones que evalúan si el PAL 2-3/2016 respeta y desarrolla las obligaciones internacionales del Estado colombiano en materia de derechos humanos, tanto en sus fines generales como en sus disposiciones específicas. Este documento hace parte de una serie de textos cortos en los que sustentaremos ciertas observaciones a algunos de los proyectos de reforma constitucional y legal, que serán tramitados en el Congreso para implementar el acuerdo de paz.

Con tal fin, este texto se divide en cuatro partes. La primera de ellas resalta la relevancia y conveniencia de generar espacios de participación de la ciudadanía en general y de las víctimas en particular, en los debates legislativos que tienen relación con la implementación normativa del acuerdo de paz. La segunda parte realiza un balance global de los objetivos del PAL 2-3/2016 y de su estructura. La tercera parte analiza brevemente algunas de las disposiciones del proyecto para sugerir, en cada caso, ciertos ajustes y precisiones. La cuarta y última parte estudia el tratamiento a los agentes de Estado que fija el PAL 2-3/2016, para demostrar que dicha regulación resulta problemática en el respeto de los derechos de las víctimas. Estos análisis los realizamos a la luz del derecho internacional de los derechos humanos (DIDH), el derecho internacional humanitario (DIH) y el derecho penal internacional (DPI).

LOS ESPACIOS DE PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN EL FAST-TRACK

Las audiencias públicas en el trámite legislativo del fast-track son fundamentales para ampliar y robustecer el debate democrático, en torno a la implementación normativa del acuerdo de paz. Tal implementación tendrá lugar en el Congreso vía *fast-track*³, el

¹ El proyecto de Acto Legislativo 02 de 2016 Cámara / acumulado con el proyecto de Acto Legislativo 03 de 2016 Cámara (Proyecto AL 2/2016) crea constitucionalmente el Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición - SIVJRNR; la Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición - Comisión de la Verdad; la Unidad de Búsqueda de Personas dadas por Desaparecidas en el contexto y en razón del conflicto armado - UBPD; y la Jurisdicción Especial para la Paz - JEP. Además, el proyecto AL 2/2016 regula la forma en que aplicaría la extradición respecto de hechos o conductas realizados en contexto del conflicto armado; la participación política respecto de quienes respondan ante la JEP; y el tratamiento simétrico, diferenciado, equitativo, equilibrado y simultáneo a los agentes de Estado.

² En este texto, acogimos parte de las propuestas que planteamos, junto con otras organizaciones, grupos de investigación de universidades y académicos, en un comunicado público sobre JEP y tratamiento a Fuerza Pública, de fecha 13 de febrero de 2017.

³ El *fast-track* es un procedimiento legislativo expedito que fue aprobado por el Acto Legislativo 1 de 2016. Su propósito es agilizar el trámite que deben seguir en el Congreso de la República las reformas constitucionales y legales para el desarrollo e implementación normativa del acuerdo de paz.

cual es un mecanismo necesario para la sostenibilidad del proceso de paz, ya que favorece la aplicación ágil, efectiva, integral y fiel del acuerdo de paz. Entre mayor seriedad en la implementación de un acuerdo de paz, mayor será de la estabilidad del proceso de construcción de paz y menores serán los riesgos de que se reabran discusiones que ya habían sido cerradas en la etapa de negociación. Es por ello que este tipo de trámites legislativos han sido adoptados en otras experiencias para fortalecer el proceso de paz, como ocurrió Irlanda del Norte (House of Lords, 2009), el cual es considerado un caso exitoso.

Sin embargo, por sus características, el *fast-track* disminuye las facultades del Congreso y la calidad de la deliberación parlamentaria. Tal déficit de democracia deliberativa debe ser contrarrestado con un plus de democracia participativa, ya que la construcción de paz se robustece en la medida en que ésta goza de legitimidad política, gracias a la participación de la sociedad. De hecho, la falta de participación en los sistemas políticos y económicos explica, en buena parte, por qué el 50% de los procesos de paz fracasó dentro de los 5 años siguientes a la firma del acuerdo de paz (International Alert, 2006; Nylander, 2014). Muestra de ello es, por ejemplo, el resurgimiento del conflicto armado interno en Sudán del Sur y Mozambique⁴. Por esas razones, urge abrir canales de participación ciudadana durante la implementación del proceso de paz y un buen esfuerzo inicial en esa línea es invitar a la ciudadanía a participar en los debates legislativos relacionados con el desarrollo del acuerdo de paz.

BALANCE GLOBAL

En general, el PAL 2-3/2016 atiende a los fines de la paz, responde a las obligaciones del Estado colombiano contempladas en el DIDH, DIH y DPI, garantiza los derechos de las víctimas y se ajusta a lo pactado en el acuerdo de paz. Sin embargo, algunas disposiciones requieren ajustes de fondo, pues no cumplen del todo las obligaciones de DIDH, DIH y DPI y, en esa medida, ponen en grave riesgo los derechos de las víctimas. Es el caso, en particular, del tratamiento a los miembros de la Fuerza Pública, el cual analizaremos en la cuarta parte de este documento.

El PAL 2-3/2016 le otorga fundamento constitucional a los elementos centrales que soportan las obligaciones de las partes respecto a la garantía de los derechos de las víctimas del conflicto armado. Así pues, el proyecto crea constitucionalmente el SIVJRNR que responde de forma integral y coordinada a las obligaciones frente a las víctimas. Este sistema está conformado por un conjunto de instituciones, donde cada una de ellas tiene competencias específicas y su trabajo se complementa con el que realizan las demás. En esa medida, la garantía de los derechos de las víctimas va más allá de la rendición judicial de cuentas por parte de quienes han cometido las violaciones. El sistema reconoce que el componente de justicia es importante para la satisfacción de los derechos y, a la vez, llama la atención de que la condena penal no es suficiente para el restablecimiento de derechos de las víctimas. Por eso, el sistema

⁴ Para mayor información, ver Nylander (2014)

hace énfasis en el reconocimiento de la verdad de lo que sucedió; la reparación individual, colectiva, material y simbólica de las víctimas; la reconstrucción de sus vidas y del tejido social; y la adopción de medidas que eviten que estas atrocidades ocurran de nuevo en el futuro.

Las principales instituciones que integran el SIVJRNR son: la Comisión de la Verdad, la UJEPD y la JEP. Estas instituciones son creadas constitucionalmente por el PAL 2-3/2016. Es así como este proyecto adecúa las condiciones normativas para el posterior desarrollo y cumplimiento de las principales obligaciones que las partes adquirieron en el acuerdo de paz. A lo largo de este documento haremos algunos comentarios a la regulación que plantea el PAL 2-3/2016 sobre la Comisión de la Verdad y la JEP.

Comisión de la Verdad

El proyecto acoge, en líneas generales, las características y funciones que las partes convinieron sobre la Comisión de la Verdad. Esos rasgos coinciden, en gran medida, con las pautas de acción que, según Ambos (2009), definen a las comisiones de la verdad como *efectivas*, esto es, aquellas que tienen "suficientes recursos y la necesaria independencia para decidir sobre la base de criterios racionales" (p. 50). En particular, el artículo 2 transitorio establece la autonomía, independencia, temporalidad y carácter extrajudicial de la Comisión de la Verdad. Estas características se desarrollan puntualmente en los siguientes elementos.

Primero, la Comisión de la Verdad tiene la naturaleza de ente autónomo constitucional de aquellos previstos en el artículo 113 de la Constitución⁵. Como lo ha reiterado la Corte Constitucional⁶, los entes autónomos son órganos del Estado que no pertenecen a alguna de las ramas del poder público que, por tanto, son independientes respecto a estas y tienen facultades para ordenar su funcionamiento. Así pues, esta autonomía otorgada constitucionalmente a este tipo de entes "marca un límite a la acción de los órganos de las Ramas del Poder sobre [aquellos]"⁷.

Esta naturaleza constitucional de la Comisión de la Verdad le otorga entonces autonomía e independencia frente al Estado. Ello reviste especial importancia, pues le permite a la Comisión actuar sin restricciones frente al esclarecimiento de los patrones más representativos de violaciones de derechos humanos que llegaran a comprometer a agentes de Estado.

⁵ Constitución Política de Colombia, artículo 113. "Son Ramas del Poder Público, la legislativa, la ejecutiva, y la judicial. Además de los órganos que las integran existen otros, autónomos e independientes, para el cumplimiento de las demás funciones del Estado. Los diferentes órganos del Estado tienen funciones separadas pero colaboran armónicamente para la realización de sus fines." (Subrayas fuera del texto).
⁶ Ver, entre otras, Corte Constitucional, Sentencias C-167 de 1995 M.P. Fabio Morón Díaz; C-373 de 1997 M.P. Fabio Morón Díaz; C-189 de 1998 M.P. Alejandro Martínez Caballero; C-401 de 2001 M.P. Álvaro Tafur Galvis; C-832 de 2002 M.P. Álvaro Tafur Galvis.
⁷ Corte Constitucional, Sentencia C-401 de 2001 M.P. Álvaro Tafur Galvis.

Segundo, el mismo artículo dispone que la Comisión de la Verdad será un órgano temporal⁸. Ese límite de tiempo deberá ser fijado por la ley que desarrolle el funcionamiento de la Comisión de la Verdad, el cual deberá adecuarse a lo estipulado en el acuerdo de paz: 3 años que incluyen a elaboración del informe final y 6 meses para preparar todo lo necesario para su funcionamiento (p. 138).

Y tercero, dicha norma le otorga carácter extrajudicial a la Comisión de la Verdad. En específico, la norma enfatiza en que las actuaciones de la Comisión no podrán implicar imputación penal y la información que reciba o produzca no podrá ser trasladada por esta a autoridades judiciales para iniciar investigaciones penales ni disciplinarias, ni tendrá valor probatorio. El carácter extrajudicial de la Comisión contribuye a la eficacia de este mecanismo, pues se correría el riesgo de que no hubiese una contribución efectiva por parte de los perpetradores si sus declaraciones pudieran usarse posteriormente para investigarlos y sancionarlos penalmente. Además, las víctimas enfrentarían obstáculos para contribuir a la verdad por las posibles represalias que podrían tomar los perpetradores si existiera la posibilidad de que estos últimos fueran sancionados penalmente por las declaraciones de aquellas.

Puede generar preocupación la disposición según la cual la información que reciba o produzca la Comisión no pueda ser trasladada a autoridades judiciales o disciplinarias ni tenga carácter probatorio. Sin embargo, esta disposición no excluye la posibilidad de que, una vez la Comisión de la Verdad termine sus actividades, la información publicada por esta pueda ser usada para iniciar investigaciones judiciales ante la JEP, la cual debería recolectar, por sí misma, el acervo probatorio.

El referido artículo del proyecto señala, entre otras, la función de la Comisión de la Verdad de "promover el reconocimiento de las víctimas y el reconocimiento voluntario de las responsabilidades individuales o colectivas de quienes participaron directa e indirectamente en el conflicto armado". A primera vista, podría objetarse que esa regulación le resta eficacia al trabajo de la Comisión, ya que el reconocimiento de responsabilidades quedaría sujeto a la voluntad de los responsables de las violaciones. Si estos se negaran a comparecer ante la Comisión cuando ésta los llame, la Comisión no tendría facultad alguna para requerirlos a que comparezcan y contribuyan con verdad. A esta crítica respondemos que, precisamente por su carácter extrajudicial, la Comisión no tiene facultades para requerir u obligar a quienes no acudan ante el primer llamado que les haga la Comisión. Si se otorgaran esas potestades, la Comisión adquiriría un carácter judicial y se vería afectada la eficacia de su trabajo.

Sin embargo, dichas objeciones se resuelven a partir de una interpretación armónica y sistemática de otras disposiciones del PAL 2-3/2016. A pesar de que la Comisión de la Verdad no tiene potestades para obligar a comparecer a quienes llama, por su carácter extrajudicial, el SIVJRNR tiene una serie de condiciones e incentivos que

⁸ Distintos estudios comparados muestran que las comisiones de la verdad deben tener un mandato limitado en tiempo. Ver, por ejemplo, Mattarollo (2002).

complementan el trabajo de la Comisión en este punto. Así lo señala el artículo 1 del título transitorio que adiciona a la Constitución el artículo 1 del PAL 2-3/2016:

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

En la misma línea, el artículo 5 transitorio estipula que: "**para acceder a cualquier tratamiento especial de justicia previsto en la Jurisdicción Especial para la Paz del Sistema Integral**, quienes hayan cometido conductas punibles por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado, **deberán contribuir al esclarecimiento de la verdad**, reparar a las víctimas y garantizar la no repetición." (Subrayas fuera del texto).

Jurisdicción Especial para la Paz

La JEP es el componente judicial que crea el acuerdo de paz y que adquiere fundamento constitucional, a través de este PAL 2-3/2016. Este componente es una novedad en el ámbito de transiciones, tanto en el mundo como en la historia colombiana. Tradicionalmente, las transiciones han terminado con la imposición de un tribunal de la parte vencedora a la parte vencida, o la negociación de perdones bilaterales. En Colombia, por primera vez, las partes negocian el fin de un conflicto armado en la que se auto imponen la obligación de someterse a un tribunal de justicia para rendir cuentas de lo ocurrido.

En este punto, el PAL 2-3/2016 recoge los elementos centrales de la JEP que se encuentran fijados en el acuerdo de paz, los cuales responden a los derechos de las víctimas. En efecto, una de las innovaciones de la JEP es la manera como combina justicia retributiva y justicia restaurativa⁹, con lo cual supera, al menos en su diseño, otros arreglos transicionales. La experiencia comparada muestra que no es fácil encontrar la dosis suficiente de justicia penal –ya sea retributiva, restaurativa o de las dos– que realice en la mayor medida posible los derechos de las víctimas, pero, al mismo tiempo, permita una transición negociada¹⁰.

⁹ Este aparte fue publicado inicialmente como una columna de opinión: "La JEP: entre la cárcel y la justicia restaurativa". Rodrigo Uprimny Yepes y Diana Isabel Guiza Gómez, 26 de septiembre de 2016, *Ámbito Jurídico*.

¹⁰ Para un análisis más detallado de los dilemas entre justicia y paz, ver Uprimny (2006).

Transiciones retributivas y restaurativas. Los arreglos de justicia exclusivamente retributiva han sido viables en transiciones con victoria militar. Así sucedió, por ejemplo, en la Segunda Guerra Mundial, donde los imperativos de castigo fueron comprendidos como absolutos y, por lo tanto, los responsables de esas atrocidades fueron sancionados muy severamente, pues en Nuremberg se buscó que hubiera proporción entre la pena y los terribles crímenes cometidos por los nazis. La victoria militar de los aliados permitió entonces una justicia retributiva severa, pero con un enorme defecto: fue unilateral, porque fue una justicia de vencedores; y no hubo ninguna sanción para los crímenes de guerra de los aliados, que existieron (¿o cómo calificar el innecesario y terrible bombardeo de Dresde?), aunque hayan sido menos atroces que los de los nazis.

Esta exigencia de justicia retributiva plena, con penas proporcionales a las atrocidades, es, en cambio, imposible en transiciones negociadas. Por eso, en épocas recientes han surgido enfoques de justicia restaurativa como solución alterna a la retribución plena¹¹. Este modelo enfatiza la reconciliación entre víctima y victimario como una vía para reconstruir los lazos sociales rotos por la guerra y hacer así sostenible la paz (Minow, 1998).

Según sus promotores, estos fines no se alcanzan con la cárcel, la cual, lejos de permitir la reconciliación, acentúa la distancia entre víctima y victimario. Por el contrario, esos propósitos se cumplen si el victimario reconoce su responsabilidad y aporta verdad y reparación a cambio de no ser castigado. La búsqueda de justicia retributiva es, entonces, remplazada por los aportes de verdad y el reconocimiento de responsabilidad que hacen los victimarios.

Este modelo de justicia restaurativa fue acogido en Sudáfrica, donde se concedió una amnistía condicionada a quienes confesaran exhaustiva y públicamente sus crímenes. Por el contrario, quienes no confesaran sus crímenes, en un periodo determinado, podían ser investigados y castigados si eran encontrados culpables.

El esquema sudafricano tuvo resultados mixtos y ha generado polémicas. Algunos argumentan que hubo un exceso de indulgencia, pues se indultaron crímenes atroces del apartheid, como asesinatos o desapariciones (Crockier, 2002); otros, por el contrario, consideran que era la única forma de lograr una transición negociada y que tuvo buenos resultados, ya que la confesión pública permitió sanar heridas, alcanzar cierta reconciliación y establecer un reproche social a los victimarios (Minow, 1998).

El modelo mixto. La JEP se encuentra en un terreno intermedio frente a esos dos extremos: no es puramente retributiva, con penas severas de cárcel; ni es tampoco una justicia exclusivamente restaurativa, que elimine el componente alicativo y amnistie crímenes atroces¹². Lo primero constituiría un gran obstáculo para la transición negociada de un conflicto armado, en el que la guerrilla, que no ha sido

¹¹ Sobre justicia retributiva y su aplicación en tiempos ordinarios, ver Braithwaite (2001) 12A) respecto, ver los artículos 23, 30, 46, 47, 52 y 57 de la Ley 1820 de 2016.

derrotada, busca su transformación en partido político. Y lo segundo comprometería seriamente el derecho a la justicia de las víctimas y el deber del Estado de investigar y castigar los crímenes de guerra y de lesa humanidad.

La JEP adopta una fórmula que conjuga elementos retributivos, como la cárcel y la restricción efectiva de la libertad, con sanciones restauradoras y reparadoras, como el desminado, la sustitución de cultivos ilícitos o la participación en programas de reparación a campesinos desplazados.

El esquema de la JEP sigue esta lógica: las dimensiones retributiva y restaurativa están presentes en todos los tipos de sanciones, pero se tasan de acuerdo con el grado de reconocimiento de responsabilidad y de verdad, y al momento procesal en que ello ocurra. A medida que aumenta la contribución del responsable, disminuye el elemento retributivo y se incrementa el componente restaurativo. Veamos.

El castigo puramente retributivo, que corresponde a cárcel hasta por 20 años, se impone a quienes no acepten su responsabilidad y sean vencidos en juicio contradictorio; la pena retributiva es alta, pues no hay ningún aporte restaurador del victimario.

Un nivel retributivo medio, con cárcel de 5 a 8 años, es previsto para quienes reconozcan verdad y responsabilidad, pero tardíamente; aquí hay un elemento restaurativo, que es el aporte de verdad, pero se mantiene la pena retributiva de cárcel, dado que el aporte fue tardío.

El componente retributivo se reduce mientras que se incrementa la dimensión restauradora frente a quienes, a tiempo, reconozcan verdad y responsabilidad. La sanción es entonces una restricción efectiva de la libertad de 5 a 8 años, para la realización de labores restauradoras. Sin embargo, incluso en este tercer caso y a diferencia de la experiencia sudafricana, hay sanción y subsiste un elemento aflictivo o retributivo, pues la restricción efectiva de la libertad es una forma de castigo. Pero hay un incremento considerable de la dimensión restaurativa.

Los perpetradores que tempranamente reconozcan responsabilidad y verdad tendrán la sanción retributiva más leve (restricción efectiva a la libertad), pero la dimensión restauradora más fuerte, pues deben cumplir en esos años tareas de reparación a las víctimas y de reconstrucción del tejido social, como podría ser el desminado.

La razonabilidad del modelo mixto. Este modelo mixto de la JEP fue necesario, pues las FARC-EP consideraron que negociar para ir a la cárcel era humillante y les impedía transformarse en actor político, por lo cual rechazaron que en todos los casos hubiera cárcel, incluso si era un régimen penitenciario flexible y por pocos años.

Sin embargo, esa guerrilla admitió esta combinación de restricción de la libertad con sanciones restauradoras, pues consideró que era una forma no humillante de asumir sus responsabilidades por los crímenes cometidos, por cuanto cumplían penas útiles

para la sociedad y para las víctimas, y, además, facilitaba su reincorporación a la vida política.

Este modelo de la JEP puede no gustar a muchos colombianos, que hubieran preferido que hubiera cárcel (por supuesto, por tiempo reducido) aún para quienes reconocían tempranamente verdad y responsabilidad. Es un sentimiento comprensible e, incluso, uno de nosotros defendió una tesis semejante en los debates sobre el tema durante este proceso de paz. No obstante, el modelo adoptado por la JEP, si es bien implementado, es legítimo, admisible y compatible con el Derecho Internacional, ya que la restricción de la libertad con tareas restauradoras significativas (como puede ser el desminado), de 5 a 8 años, no es una sanción menos relevante, robusta y ejemplarizante que estar en una cárcel, sin hacer trabajos a favor de las víctimas y la sociedad, por el mismo número de años.

La constitucionalidad de la creación de la JEP. Ahora bien, surge la pregunta de si el constituyente derivado es competente para crear una jurisdicción especial que tiene como propósito dar un cierre global al conflicto armado colombiano, sin que ello sustituya algún pilar fundamental de la Constitución de 1991. Para responder esta cuestión, es necesario analizar la naturaleza de la función jurisdiccional y sus principales características constitucionales (artículo 116 Superior).

De acuerdo a la jurisprudencia constitucional, la función jurisdiccional es la potestad del Estado para administrar justicia, gracias a la soberanía de que es titular para mantener el imperio de la ley en el territorio nacional¹³. Además, esta función se ejerce "como propia y habitual y de manera permanente por las corporaciones y personas dotadas de investidura legal para hacerlo, según se precisa en la Constitución y en la Ley Estatutaria" (artículo 12 de la Ley 270 de 1996).

Por mandato de la Constitución (artículos 116 y 228), la función jurisdiccional está desconcentrada en jurisdicciones¹⁴, esto es, ámbitos de competencia de acuerdo a las controversias que resuelve, las cuales son: la ordinaria (laboral, penal, civil y agraria), la contencioso-administrativa, la constitucional y la disciplinaria. Estas jurisdicciones hacen parte de la Rama Judicial. Con todo, la Constitución creó otras jurisdicciones que conforman el Sistema Judicial¹⁵, aunque no conforman la Rama Judicial. Es el

¹³ Corte Constitucional. Sentencia C-392 de 2000. M.P. Antonio Barrera Carbonell. fundamento 2.2.1: "La jurisdicción en general consiste en la potestad que tiene el Estado para administrar justicia en ejercicio de la soberanía de que es titular, mediante el conocimiento y decisión de las diferentes causas (civiles, criminales, administrativas, etc.) y, en tal virtud, es única e indivisible. Es por ello que todos los jueces ejercen jurisdicción en nombre del Estado, pero circunscrita al ámbito propio de la competencia que le asigna la ley."

¹⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-392 de 2000. M.P. Antonio Barrera Carbonell. fundamento 2.2.1: "Razones de naturaleza política, y la necesidad de asegurar la mayor eficacia de la administración de justicia por el Estado mediante la distribución del trabajo, justifican la existencia de jurisdicciones especiales autorizadas por la Constitución, que forman parte de la rama judicial; pero la diversidad de jurisdicciones especiales no implica rompimiento de la unidad ontológica de la jurisdicción del Estado".

caso de las jurisdicciones especial indígena¹⁶, de paz¹⁷ y la justicia penal militar¹⁸, las cuales tienen mayores grados de autonomía administrativa y funcional, debido a los conflictos especialísimos que dirime.

Como vemos, la Constitución de 1991 no prohíbe que la función jurisdiccional sea ejercida por distintas jurisdicciones ni prescribe que estas tengan un mayor grado de autonomía administrativa y funcional, al punto de que no hagan parte de la Rama Judicial. Es por ello que el constituyente derivado puede crear una jurisdicción especial encargada de darle un cierre definitivo al conflicto armado, sin que sustituya ningún pilar de la Constitución.

Otras razones que sustentan esta facultad son las siguientes. Primero, la creación constitucional de la JEP es esencial para lograr un equilibrio entre la garantía de los derechos de las víctimas y los propósitos del proceso de paz de dejación de armas y reintegración de los excombatientes. Segundo, la JEP es conveniente para la sostenibilidad del proceso de construcción de paz, ya que necesario crear un sistema especializado que brinde un cierre jurídico y definitivo al conflicto armado. Este último argumento fundamenta, además, la autonomía e independencia de la JEP frente a otras jurisdicciones y a la Rama Judicial. Respecto a la relación de la JEP con esta última, el PAL 2-3/2016 establece distintas vías de comunicación y coordinación para evitar posibles conflictos entre las dos.

Tratamiento a agentes de Estado

Uno de los fines del acuerdo de paz es dar un cierre global al conflicto. Por consiguiente, el acuerdo establece que habrá un tratamiento simétrico, diferenciado, equitativo, equilibrado y simultáneo para los agentes de Estado (lo que incluye a miembros de la Fuerza Pública) que sean responsables de violaciones ocurridas en el conflicto armado. Es por ello que el PAL 2-3/2016 incorpora una serie de disposiciones en esta materia, las cuales analizaremos en detalle en la cuarta parte de este documento. Por ahora, mostramos que no existe prohibición alguna para que el Estado colombiano adopte este tipo de tratamientos para agentes de Estado.

¹⁵ Usamos el término "Sistema Judicial" para hacer referencia al conjunto de instituciones que incluyen a la Fiscalía General de la Nación y al Poder Jurisdiccional, entre otras. Esta noción es más amplia que la noción de Rama Judicial. Ver (La Rota, Bernal, Santa y Uprinsky Yepes, 2012, p. 3).
¹⁶ Artículo 246 de la Constitución Política. Corte Constitucional. Sentencias T-254 de 1994, C-139 de 1996, T-349 de 1996, T-496 de 1996, SU-510 de 1998, C-370 de 2002, T-728 de 2002, T-552 de 2003, T-1238 de 2004, T-1253 de 2008, T-514 de 2009 y T-617 de 2010.
¹⁷ Artículo 247 de la Constitución Política. Ley 497 de 1999. Corte Constitucional. Sentencia C-631 de 2012. M.P. Humberto Sierra Porto. Ver: Uprinsky Yepes (1994).
¹⁸ Artículo 116 de la Constitución Política. Corte Constitucional. Auto 12 de 1994. M.P. Jorge Arango Mejía. Fundamento 1°. Sentencia 1149 de 2001. M.P. Jaime Araujo Rentería. Fundamento 3.1. Ley 1765 de 2015. Sobre el fuero de atracción de la justicia penal militar, ver: los elementos del fuero de atracción de la justicia penal militar, entre otras: T-806 de 2000. M.P. Alfredo Beltrán Sierra; T-1001 de 2001. M.P. Rodrigo Escobar Gil; C-407 de 2003. M.P. Jaime Araujo Rentería; y C-1149 de 2001. M.P. Jaime Araujo Rentería.

La objeción a tratamientos transicionales a agentes de Estado se basa, principalmente, en dos argumentos¹⁹: por un lado, que esos tratamientos equivaldrían a una autoamnistía de crímenes graves, lo cual está prohibido por el derecho internacional; y, por otro lado, que la prohibición de autoamnistías se justifica en los deberes especiales que tienen los agentes de Estado en la protección de los derechos humanos, ya que la sociedad deposita el monopolio de la fuerza en el Estado, a cambio de que se garanticen sus derechos. Es por esto que la violación de derechos por parte de agentes de Estado es particularmente grave y, en consecuencia, el Estado debe sancionar con mayor severidad ese tipo de violaciones.

Si bien estos argumentos parten de premisas legítimas, que compartimos, de ellos no deriva la conclusión de que el derecho internacional prohíba al Estado prever medidas de transición para los agentes de Estado. Esta clase de tratamientos transicionales son admisibles si cumplen dos condiciones básicas: que se realicen en el marco de una negociación global de paz, de manera que no se convierta en una autoamnistía frente a crímenes graves; y que se respetan los deberes especiales que los agentes estatales tienen frente a los derechos humanos. Veamos.

Los tratamientos especiales a agentes de Estado son admisibles si son otorgados de forma cuidadosa y como consecuencia de negociaciones globales con grupos insurgentes. Aquellos beneficios penales que son concedidos unilateralmente por el Estado a sus agentes son, en general, una autoamnistía, la cual resulta problemática en derecho internacional, debido a los especiales deberes de respeto de los derechos humanos que tienen los agentes estatales. Pero distinta es la situación frente a tratamientos especiales que tienen lugar en una negociación global. Precisamente como el fin es darle un cierre general al conflicto, en principio, no hay restricción a que las medidas transicionales también cobijen a los agentes de Estado que han cometido violaciones con ocasión del conflicto armado. Es por ello que no podría calificarse como autoamnistía los tratamientos especiales a agentes de Estado que regula el proyecto que estudiamos, en cuanto a la forma en que han sido adoptados: en el marco de una transición para dar fin global al conflicto.

De todas formas, esto no significa que sea admisible cualquier tipo de beneficio penal, así hayan sido adoptados en el marco de una negociación global. Esta clase de medidas transicionales deben evaluarse también por su contenido y luego mérito de aplicación: los derechos de las víctimas a verdad, justicia, reparación y no repetición. Los beneficios punitivos que son otorgados a los integrantes de grupos armados, en el marco de la justicia transicional, tienen como propósito no sólo la contribución de esas personas a la verdad y a la reparación, sino también la desmilitarización colectiva de la estructura armada y las garantías de que las atrocidades no se repetirán. De forma equivalente, los tratamientos especiales que se conceden a agentes de Estado se justifican porque, además de que contribuyen a la verdad, justicia y reparación,

¹⁹ Estos apartes se basan en Uprinsky Yepes, Sánchez León y Sánchez Duque (2014, pp. 148-151)

permiten desmontar los factores estructurales que posibilitaron la participación de dichos agentes en las violaciones de derechos.

El propósito de remover tales factores estructurales pasa necesariamente por reconocer que la participación de agentes estatales no ha sido un simple fenómeno de manzanas podridas, sino que ha respondido a diseños institucionales que facilitaron esas violaciones de derechos. Asimismo, es necesario adoptar medidas que permitan descubrir los patrones de actuación de los agentes estatales en las violaciones de derechos. Una de esas medidas es la figura de la responsabilidad de mando, gracias a esta, un tribunal puede responsabilizar a un comandante de delitos que, si bien no fueron cometidos directamente por él, fueron cometidos por subordinados bajo su mando y respecto de quienes tiene control efectivo, o tuvo conocimiento de que esas violaciones ocurrirían y no lo evitó, o tenía que saber que dichas violaciones serían cometidas por sus subordinados. Este punto lo estudiaremos con más detalle en la cuarta parte de este texto.

ANÁLISIS DE ALGUNAS DISPOSICIONES CONCRETAS

En seguida, analizamos algunas disposiciones puntuales del PAL 2-3/2016 que consideramos requieren precisiones y ajustes.

Condicionalidad e incentivos del SIVJRR

Los incentivos penales de la JEP se sustentan en la condicionalidad. De acuerdo con ésta, quienes hayan cometido violaciones que sean competencia de la JEP podrán acceder al tratamiento especial de esta jurisdicción, siempre y cuando contribuyan al esclarecimiento de la verdad, a la reparación de las víctimas y a las garantías de no repetición. En caso de incumplimiento de estos deberes de verdad, reparación y no repetición, la consecuencia es la pérdida del tratamiento especial de la JEP y el juzgamiento por la jurisdicción ordinaria.

Sin embargo, el artículo 5 transitorio del PAL 2-3/2016 no precisa cuáles son las condiciones específicas de cumplimiento, según la situación jurídica de cada responsable, ni cuándo se considera que existe incumplimiento ni las consecuencias del mismo en cada caso. No se encuentran en la misma situación quien fue beneficiario de amnistía y quien recibe tratamiento especial por haber tenido una participación determinante en la comisión de crímenes graves y representativos. Tampoco debería acarrear las mismas consecuencias el incumplimiento por falta de precisión de ciertos detalles de sucesos específicos al momento de reconocer verdad y aquel por renuencia dolosa a reconocer verdad. Estos asuntos deberían ser regulados legalmente, por lo que el inciso tercero del artículo 5 transitorio debería reemplazar la expresión "quien aporte de manera dolosa información falsa, o incumpla cualquiera de las condiciones del sistema, perderá el tratamiento especial de justicia" por la expresión "la ley que desarrolle la JEP reglamentará las condiciones de contribución a verdad, reparación y no repetición que deberán cumplir los beneficiarios de la JEP,

según su situación jurídica, así como las circunstancias en las que se considera que existe incumplimiento de esos deberes y las consecuencias de dicho incumplimiento".

Responsabilidad de los miembros del Comité de Escogencia de la JEP

El último inciso del artículo 7 transitorio precisa que "[l]os miembros del Comité de Escogencia *no asumirán ninguna responsabilidad personal* por la sección de los magistrados, comisionados y demás funcionarios que deben escoger en virtud de este artículo transitorio" (Subrayas fuera del texto). Esta disposición persigue el fin legítimo de proteger las opiniones y votos que emitan los miembros del Comité en el proceso de escogencia de los funcionarios de la JEP, en aras de garantizar la autonomía e independencia de la jurisdicción. Sin embargo, la forma en que está redactada esa disposición podría dejar en la impunidad posibles actos de corrupción en la selección de dichos funcionarios, los cuales, en caso de ocurrir, deben ser judicializados. Por eso, planteamos que se mantenga la inviolabilidad de las opiniones y votos que emita el comité en el proceso de selección de los funcionarios de la JEP y se aclare ello no excluye las investigaciones y sanciones a que haya lugar, en caso de que ocurran actos de corrupción en ese proceso de selección.

Selección y priorización de la JEP y competencia frente a terceros

El Acuerdo Final establece que el Tribunal para la Paz debe concentrarse, desde su inicio, en la investigación, juzgamiento y sanción de quienes tuvieron una participación determinante en la comisión de los crímenes más graves y representativos. Esta previsión busca evitar el colapso de la JEP, luchar de mejor manera contra la impunidad y contribuir a la satisfacción de los derechos de las víctimas. En efecto, así lo resolvió la Corte Constitucional en la sentencia C-579 de 2013. En esa oportunidad, la Corte señaló que:

La posibilidad de centrar la investigación, el juzgamiento y la sanción en los máximos responsables, permite que el Estado encause las graves violaciones a los derechos humanos bajo contextos, utilizando los criterios de gravedad y representatividad; tipificarlos como delitos de lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra cometidos de manera sistemática e imputarlos efectivamente en virtud de su participación en el plan o política a los máximos responsables.

La primera ponencia del PAL 2-3/2016 no incluyó ninguna disposición al respecto. Luego, la segunda ponencia introdujo un nuevo artículo 16 transitorio, el cual establece la competencia frente a los terceros que no participaron directamente en el conflicto armado. Con esta redacción, parecería que el Tribunal únicamente puede aplicar criterios de priorización y selección en estos casos y no en aquellos de miembros de la guerrilla o agentes del Estado.

Para evitar esas interpretaciones, el PAL 2-3/2016 debería incorporar un nuevo artículo general que regule, explícitamente y para todos los casos, que el Tribunal se concentrará en los casos más graves y representativos, así como la facultad de llamar a comparecer a quienes tuvieron participación determinante. Una posible redacción de ese artículo sería la siguiente:

Artículo transitorio xx. Selección y concentración en los casos más graves y representativos y solicitud de comparecencia. Sin perjuicio del deber general del Estado de investigar y sancionar las graves violaciones a los Derechos Humanos y al Derecho Internacional Humanitario, y para asegurar el funcionamiento eficiente, eficaz y celer de la Jurisdicción Especial para la Paz, ésta tendrá las más amplias facultades para adoptar criterios de selección y priorización. Al ejercer estas facultades, la Jurisdicción tendrá en cuenta la necesidad de evitar tanto que las conductas graves y representativas y sus responsables queden impunes, como prevenir la congestión del Tribunal.

Cuando tres meses antes de presentar la resolución de conclusiones, a juicio de la Sala de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad, una persona respecto de la cual hubiere fundamentos claros y suficientes que hagan presumir su participación determinante en uno de los delitos de competencia del Tribunal para la Paz deba ser incluida en la resolución de conclusiones o ser remitida a la Unidad de investigación o acusación, pero la persona se hubiere negado a comparecer, la Sala deberá solicitarle a la sección de revisión del Tribunal que la obligue a efectuar tal comparecencia ante la Jurisdicción Especial para la Paz. Lo anterior, sin perjuicio de la evaluación que deberá hacer la JEP sobre si la negación a comparecer implica un incumplimiento de las condiciones del Sistema.

Por su parte, el artículo 16 transitorio debería modificarse para aclarar las reglas diferenciadas aplicables únicamente a terceros:

Artículo transitorio 16. Competencia sobre terceros. Las personas que, sin formar parte de las organizaciones o grupos armados, hubieren contribuido de manera directa o indirecta a la comisión de delitos en el marco del conflicto, podrán acogerse a la JEP y recibir el tratamiento penal especial que las normas determinen, siempre que cumplan con las condiciones establecidas de contribución a la verdad, reparación y no repetición.

La JEP llamará a comparecer a las personas respecto de las cuales haya fundamentos claros y suficientes que hagan presumir su participación no coaccionada en conductas de financiación o colaboración con cualquier actor del conflicto, siempre que hayan tenido una

participación activa o determinante en la comisión de los delitos de competencia del Tribunal.

TRATAMIENTO ESPECIAL PARA MIEMBROS DE FUERZA PÚBLICA

En seguida, estudiamos algunos aspectos del tratamiento simétrico, diferenciado, equitativo, equilibrado y simultáneo a los miembros de Fuerza Pública, que están regulados en el PAL 2-3/2016. Como lo expresamos en la segunda parte, no existe una prohibición de principio para que el Estado adopte medidas transicionales para los agentes estatales (entre ellos, los miembros de Fuerza Pública) que hayan cometido graves violaciones durante el conflicto armado. Este tipo de medidas son admisibles si hacen parte de una negociación global con un grupo insurgente y si, como contraprestación, contribuyen a la verdad y a la reparación, y permiten desmantelar los factores estructurales que posibilitaron la participación de los agentes estatales en la comisión de esas graves violaciones. Los beneficios punitivos que adopta el PAL 2-3/2016 cumplen con la primera condición, pues corresponden a lo acordado por el gobierno colombiano y las FARC-EP, con el objetivo de darle un fin global al conflicto. Sin embargo, por las razones que pasamos a exponer, algunas de esas disposiciones no satisfacen los derechos de las víctimas a la reparación y no repetición.

Calificación Jurídica

El PAL 2-3/2016 establece unas condiciones disímiles para la calificación jurídica que la JEP hará en casos de miembros de Fuerza Pública, respecto de aquella que esa jurisdicción hará en los casos de los otros responsables de crímenes de su competencia. Mientras que el artículo 5 transitorio, que reglamenta el funcionamiento general de la JEP, preceptúa que la calificación jurídica se basará en el Código Penal Colombiano, el DIDH, el DIH o DPI; el artículo 21 transitorio dispone que, para efectos del tratamiento especial de miembros de Fuerza Pública, la calificación jurídica de la JEP se basará en la "estricta sujeción al artículo 29 de la Constitución Política, en el Código Penal colombiano vigente al momento de la comisión del hecho", en las normas de Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) y de Derecho Internacional Humanitario (DIH)". (Resaltado fuera del texto).

Las diferencias están entonces en que, como regla general, la calificación jurídica de la JEP se basará, entre otras fuentes, en el Código Penal colombiano y el DPI; pero, como regla específica para los miembros de Fuerza Pública, dicha calificación jurídica se fundamentará, entre otras, en el Código penal colombiano vigente al momento de la comisión del hecho y no deberá sujetarse al DPI. Esta distinción no resulta admisible. En efecto, no existe justificación alguna para que la calificación jurídica de conductas cometidas por miembros de Fuerza Pública no deba sujetarse al DPI, cuando Colombia ha reconocido la jurisdicción complementaria de la Corte Penal Internacional (CPI), en los términos del Estatuto de Roma, la cual aplica a todos los responsables de cometer crímenes internacionales. En la práctica, ese tratamiento injustificado significa que, por ejemplo, la calificación jurídica de crímenes de lesa humanidad cometidos por la

Fuerza Pública no tenga en cuenta los criterios de sistematicidad y generalidad, que están consagrados en el Estatuto de Roma, los cuales serían objeto de revisión por la CPI para decidir si Colombia cumplió con su deber de investigar, juzgar y sancionar.

Tampoco existe razón para que la calificación jurídica respecto a los miembros de Fuerza Pública se base en el Código Penal colombiano vigente al momento de la comisión del hecho. Por esta vía, no podría imputarse responsabilidad penal a responsables de determinados crímenes si, al momento de ocurrir los hechos, aquellos no se encontraban calificados como tales en la legislación interna, a pesar de que el Estado colombiano tuviera la obligación de evitar y sancionar dichos crímenes, según el DIDH y el DIH. Este es el caso, por ejemplo, de los crímenes de genocidio²⁰ o de desaparición forzada²¹.

En esta materia, existe una importante jurisprudencia nacional que ha flexibilizado principios tradicionales del derecho, como el principio de legalidad en materia penal, en virtud del cual las conductas punibles sólo serán juzgadas y sancionadas conforme a los delitos y penas establecidos previamente por vía legal. En los casos de crímenes internacionales –de agresión, de guerra, de lesa humanidad y genocidio–, los jueces han aplicado estándares internacionales a hechos punibles que al momento de su comisión no contaban con calificación jurídica precisa en la ley penal interna o respecto de los cuales Colombia había ratificado tratados internacionales, pero no los había adoptado en su legislación interna. En estos contextos, el principio de legalidad “supone la integración de los tratados internacionales a los sistemas jurídicos domésticos con plenos efectos como ley previa para hacer viable su sanción, así los mismos no estuvieran formalmente tipificados en la legislación nacional al momento de su comisión”²². Es lo que se ha llamado la *flexibilización del principio de legalidad*.

²⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Auto 33118 de mayo 13 de 2010. Disponible en http://legal.juris.com.co/documento/obraJurisvalEdocumentoJuriscol_0477094dc20a4e4330a10151a0a4. En esa oportunidad, la Corte Suprema de Justicia precisó que era competente para conocer la responsabilidad penal de César Pérez García por los delitos de homicidio múltiple agravado, terrorismo, concierto para delinquir y lesiones personales, en los hechos ocurridos en la conocida “masacre de Sogota” (11 de noviembre de 1988). Al respecto, la Corte precisó que si bien es cierto para la fecha de ocurrencia de los hechos a nivel interno no se encontraba tipificado el tipo penal de genocidio (lo que ocurriría solo hasta la Ley 599 de 2000), “el Estado Colombiano tiene el deber de cumplir y hacer cumplir, mediante sus Instituciones, de investigar y juzgar las graves violaciones a Derechos Humanos, pues, es su obligación adquirida para con la humanidad mundial, definida mediante los Tratados y Convenios Internacionales que sobre la materia ha suscrito, en atención al principio pacta sunt servanda, así como en los Tratados que no ha suscrito pero que son vinculantes por referirse a Principios de Derecho Internacional, por su pertenencia a la Organización de las Naciones Unidas, por su aceptación de jurisdicción subsidiaria respecto de Organismos Judiciales Internacionales y que en su jurisprudencia le ha recordado y reiterado dichos deberes, como surge del fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, fechada el 11 de mayo de 2007, dentro del caso de la Masacre de la Rochela Vs. Colombia [...]”.

²¹ Entre otras, ver: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Proceso n.º 3656, 3 de agosto de 2011, M.P. José Luis Barco Camacho.

²² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Proceso N.º 33039, 16 de diciembre de 2010, M. P. José Leonardo Bustos Martínez.

Ámbito de competencia de la JEP

El PAL 2-3/2016 fija dos estándares distintos para determinar cuándo una conducta tiene nexos con el conflicto armado, a efectos de determinar la competencia de la JEP. Mientras que el artículo 5 transitorio establece la competencia de la JEP sobre “conductas cometidas por causa, con ocasión y en relación directa o indirecta con el conflicto armado, por quienes participaron en el mismo”; el artículo 22 transitorio, que regula la competencia de la JEP frente a miembros de Fuerza Pública, agrega otros criterios²³ que amplían la noción de conducta conexa con el conflicto armado. De esa forma, se extiende el ámbito de competencia de la JEP para casos de Fuerza Pública, lo que rompe los principios de universalidad e integralidad en los que se basa el sistema. Este punto, entonces, requiere ajustes para que se unifiquen los criterios que permiten determinar si un delito tiene nexos con el conflicto armado y, por consiguiente, si es competencia de la JEP.

Responsabilidad del mando

La regulación de la responsabilidad del mando (artículo 23 transitorio) es contraria a los principios de DPI consuetudinario y al Estatuto de Roma. Este punto es de fundamental trascendencia para la legitimidad y solidez jurídica del proceso de paz, como pasamos a mostrar.

La responsabilidad del mando es una figura del derecho internacional que existe desde hace décadas y que establece cuándo un comandante militar debe responder por las atrocidades cometidas por sus subordinados. La tesis central es que, incluso si el comandante no ordenó las atrocidades ni participó en ellas, debe responder por los actos cometidos por sus subordinados si, pudiendo hacerlo, no evitó que éstos ocurrieran o se abstuvo de sancionar a los responsables.

Esta figura ha sido desarrollada tanto por el DPI consuetudinario y el Estatuto de Roma como por el DIH. Sobre este último, el Comité Internacional de la Cruz Roja ha reconocido la responsabilidad de mando como una institución que pertenece a la costumbre internacional del DIH. Gracias a aquella, indica el Comité, “[l]os jefes y otros mandos superiores son penalmente responsables de los crímenes de guerra cometidos por sus subordinados si sabían, o deberían haber sabido, que éstos iban a cometer o estaban cometiendo tales crímenes y no tomaron todas las medidas razonables y necesarias a su alcance para evitar que se cometieran o, si ya se habían cometido, para castigar a los responsables” (Henckaerts y Doswald-Beck, 2007, p. 632).

²³ Por ejemplo, el artículo 20 transitorio incluye dentro de la competencia de la JEP los delitos cometidos por agentes de Estado, en los que existiera ánimo de obtener enriquecimiento personal, sin que este fuera determinante de la conducta; o aquellos que fueron cometidos, gracias a que el perpetrador adquirió mayores habilidades para cometerlos, por razón del conflicto armado.

La lógica que anima este dispositivo es doble. De un lado, esta figura parte del supuesto de que la mejor forma de evitar que los ejércitos, sean estatales o irregulares, cometan atrocidades en las guerras es imponiendo a los comandantes el deber de prevenirlos y sancionarlos si ocurren. Y, de otro lado, este dispositivo reconoce que es justo castigar severamente a aquel comandante que omite gravemente ese deber de prevención o sanción, pues su negligencia ocasionó sufrimientos masivos inaceptables. Muchos comandantes, como en el caso Bemba que la CPI decidió recientemente²⁴, han sido entonces condenados por este tipo de responsabilidad.

La idea no es hacer una *cacería de brujas* contra los jefes militares ni sancionar duramente a un comandante por un descuido menor. Por el contrario, se trata de castigar a aquellos que incurrieron en omisiones graves, pues permitieron que sus subordinados cometieran atrocidades. Poco a poco, el derecho internacional ha decantado entonces los requisitos para que se configure esta responsabilidad del mando²⁵.

En particular, el artículo 28 del Estatuto de Roma exige que, primero, exista mando efectivo, esto es, una relación jerárquica entre el superior y el subordinado que cometió el crimen. Segundo, el superior debía tener conocimiento real de la comisión de la conducta (*actual knowledge* o *conocimiento efectivo*), o había razones para que el superior supiera la comisión (*had reason to know* también conocido como *conocimiento inferido*), o el superior debía haber conocido de la comisión (*should have known*). Respecto al conocimiento presunto (*should have known* o *conocimiento presunto*), no hay consenso entre el DPI consuetudinario y el Estatuto de Roma. De hecho, las cortes *ad hoc* (como Ruanda²⁶ o Yugoslavia²⁷) han rechazado la aplicación del conocimiento presunto y solo han imputado responsabilidad por conocimiento real (*actual knowledge*) o porque había razones para que el superior supiera (*had reason to know*) (Mettraux, 2009, capítulo 10).

²⁴ Ver: Corte Penal Internacional, IGC-01/05-01/08 de 21 de marzo de 2016, *Situation in the Central African Republic in the case of prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*.

²⁵ Para un análisis más detallado, ver: Mettraux (2009).

²⁶ El numeral 3 del artículo 6 del Estatuto del Tribunal Internacional para Ruanda dispone: “[e]l hecho de que cualquiera de los actos mencionados en los artículos 2 a 4 del presente Estatuto haya sido cometido por un subordinado no eximirá de responsabilidad penal a su superior si éste sabía o tenía razones para saber que el subordinado iba a cometer tales actos o los había cometido y no adoptó las medidas necesarias y razonables para impedir que se cometieran o para castigar a quienes los perpetraron” (Resaltado fuera del texto).

²⁷ El numeral 3 del artículo del Estatuto del Tribunal Internacional para juzgar a los presuntos responsables de graves violaciones del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la ex-Yugoslavia, a partir de 1991 indica: “[e]l hecho de que cualquiera de los actos contemplados en los artículos 2 a 5 del presente Estatuto haya sido cometido por un subordinado, no libera su superior de su responsabilidad penal si sabía o tenía razones para saber que el subordinado se preparaba a cometer ese acto o ya lo hizo, y que el superior no tomó las medidas necesarias y razonables para impedir que dicho acto no fuera cometido, o para castigar a los autores” (Subrayas fuera del original).

El conocimiento presunto es entonces, hasta cierto punto y según ciertos autores, una innovación del Estatuto de Roma frente al DPI consuetudinario. Con todo, el conocimiento presunto es criticado, en términos garantistas, ya que podría conducir a formas de responsabilidad objetiva. Por eso, algunos autores tienden a recomendar que ese estándar sea aplicado como si se tratara del requisito más exigente del conocimiento porque tenía razones para saber (Mettraux, 2009). Por su parte, la Corte Penal Internacional no ha desarrollado aún una jurisprudencia clara sobre el alcance del llamado conocimiento presunto y sus diferencias con el estándar de tener razones para saber. Este último corresponde, en cierta forma, al establecido por el derecho internacional humanitario, en el artículo 86 del Protocolo I a los convenios de Ginebra, el cual establece que los superiores responden por los crímenes de guerra cometidos por sus subordinados si “sabían o poseían información que les permitiera concluir, en las circunstancias del momento, que ese subordinado estaba cometiendo o iba a cometer tal infracción y si no tomaron todas las medidas factibles que estuvieran a su alcance para impedir o reprimir esa infracción”.

Más allá de esos debates internacionales, es indudable que cualquier regulación interna de la responsabilidad del mando debe, por lo menos, respetar los estándares de conocimiento que reconoce el DPI consuetudinario: el conocimiento efectivo y alguna forma de *conocimiento inferido*, ya sea en la forma del derecho penal consuetudinario o del derecho internacional humanitario, en donde se habla de que el superior tuviera elementos para conocer de las atrocidades de sus subordinados; o el estándar de conocimiento presunto señalado por el artículo 28 del estatuto de Roma.

Tercero, el superior no adoptó las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o sancionar al subordinado, o para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes para que el subordinado fuera investigado y sancionado.

Ahora bien, la adecuada aplicación de la responsabilidad del mando, tanto frente a la guerrilla como frente a Fuerza Pública, es fundamental no sólo para evitar la impunidad de quienes incurrieron en esta responsabilidad, sino además para dar solidez jurídica al proceso de paz, debido a las obligaciones que tiene Colombia frente al derecho internacional. El incumplimiento adecuado de esos deberes permitiría eventuales intervenciones de la CPI. A pesar de ello, este asunto no está siendo adecuadamente tratado por el PAL 2-3/2016.

Este proyecto sólo prevé explícitamente la responsabilidad del mando frente a Fuerza Pública, lo cual ha permitido que algunos argumenten que ésta no se aplicaría a la guerrilla. Por supuesto, sería gravísimo que esta figura se aplicara solamente a agentes estatales. Sin embargo, el acuerdo de paz prevé también la responsabilidad de mando de los jefes guerrilleros, por lo que éstos no pueden excluirse de la aplicación de esta figura. Con todo, para evitar esas suspicacias, la reforma debería incorporar este punto.

Además, la regulación establecida frente a Fuerza Pública contraviene el derecho internacional. En primer lugar, el artículo 23 transitorio entiende que solamente

existe mando y control efectivo, si hay una relación de subordinación entre el superior y quien cometió la conducta, de tipo jurídica y de facto. Así se desprende del aparte que señala:

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

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

Tal exigencia de que concurran requisitos formales y materiales para comprobar la responsabilidad del mando desconoce el DPI consuetudinario. Si se siguiera esta lógica, la CPI no habría declarado la responsabilidad de Bemba por la comisión de crímenes internacionales en la República Centroafricana (RCA), por parte las tropas del Movimiento para la Liberación del Congo (MLC), las cuales estaban bajo su mando. Bemba no tenía mando legal sobre esos territorios, pero sí tenía mando material sobre las tropas que allí operaban. En el juicio, la Fiscalía de la CPI logró evidenciar que Bemba, desde la República Democrática del Congo, tenía control efectivo sobre las tropas del MLC. Prueba de ello son las transmisiones por radio de Bemba con las tropas o la correspondencia entre oficiales en la que narran esos crímenes que se cometieron en RCA.

La regulación del artículo 23 es entonces incompatible con la doctrina uniforme establecida por los tribunales internacionales y, en especial, por la Corte Penal Internacional que, en la reciente sentencia en el caso Bemba, reiteró que si existe o no mando efectivo es un asunto que se determina probatoriamente, estableciendo si el superior podía o no prevenir la atrocidad cometida por sus subalternos. Y que si bien existen criterios que pueden y deben ser tomados en cuenta para determinar si hay o no mando efectivo, los cuales son semejantes a los establecidos en el artículo 23 transitorio, dichos criterios son puramente indicativos y, en ningún caso, pueden imponerse como criterios obligatorios. Por eso, sugerimos que se modifique esa parte

como dos sistemas normativas independientes y autónomos, se encuentran en íntima relación e interacción"³⁰.

A partir de esto, sugerimos que la regulación de la responsabilidad del mando retome frente al conocimiento inferido el estándar establecido por el derecho internacional humanitario, en particular, el artículo 86 del Protocolo I a los Convenios de Ginebra. La redacción frente a miembros de la Fuerza Pública podría ser la siguiente:

"En ningún caso la responsabilidad del mando podrá ser objetiva ni fundarse exclusivamente en el rango, la jerarquía o el ámbito de jurisdicción.

La responsabilidad de los miembros de la Fuerza Pública por los actos de sus subordinados deberá fundarse en el control efectivo de la respectiva conducta, en el conocimiento basado en la información a su disposición antes, durante, o después de la realización de la respectiva conducta, así como en los medios a su alcance para prevenir que se cometa o se siga cometiendo la conducta punible, siempre y cuando las condiciones fácticas lo permitan, y de haber ocurrido, promover las investigaciones procedentes. *También se entenderá que existe conocimiento basado en la información disponible cuando el superior sabía o poseía información que le permitiera concluir, en las circunstancias del momento, que el subordinado estaba cometiendo o iba a cometer tal infracción.*

"Para determinar si existe mando y control efectivo del superior militar o policial sobre los actos de sus subordinados, se tendrán en cuenta, entre otras, las siguientes condiciones:

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

Y frente a la guerrilla, la redacción podría ser la siguiente:

30 Corte Constitucional. Sentencia C-084 de 2016.

de la norma, señalando que esos cuatro criterios no son definitorios de la existencia de control efectivo ni deben ser concurrentes sino que deben ser tenidos en cuenta pero como criterios indicativos y orientadores.

En relación con el conocimiento, el artículo 23 transitorio parece excluir el estándar de conocimiento inferido, pues establece que "[l]a responsabilidad de los miembros de la Fuerza Pública por los actos de sus subordinados deberá fundarse en (...) el conocimiento basado en la información a su disposición antes, durante, o después de la realización de la respectiva conducta, así como en los medios a su alcance para prevenir que se cometa o se siga cometiendo la conducta punible, siempre y cuando las condiciones fácticas lo permitan". En esos términos, la norma exige el conocimiento efectivo, lo cual desconoce que el DPI consuetudinario también aplica el conocimiento inferido²⁸, como señalamos arriba.

Finalmente, el artículo 23 transitorio restringe, injustificadamente, las fuentes normativas con base en las cuales la JEP determinará la responsabilidad del mando. Según esta norma, esos casos se resolverán con base en "el Código Penal colombiano, el Derecho Internacional Humanitario como *ley especial*, y las reglas operacionales de la Fuerza Pública en relación con el DIH siempre que ellas no sean contrarias a la normatividad legal" (Resaltado fuera del texto). El artículo excluye entonces el DPI y el DIH como fuente normativa para estos casos.

Sin embargo, no existe razón alguna para excluir esos ordenamientos internacionales cuando se resuelven asuntos relacionados con la responsabilidad del mando. Como indicamos antes, esta figura ha sido desarrollada por el DPI consuetudinario y por el Estatuto de Roma. Es decir, el DPI es la normatividad que reglamenta la responsabilidad de mando. Por ello, no tiene sustento alguno que un caso de este tipo se resuelva sin atender a esa normatividad internacional.

Tampoco existe justificación para excluir el DIH como fuente normativa. El artículo 23 señala que estas situaciones se resolverán con base en el DIH como ley especial y no hace mención alguna al DIDH. De esa forma, la norma parece acoger aquella interpretación, según la cual el DIH, como ley especial de los conflictos armados, deroga al DIDH, por ser ley general que aplica a situaciones de normalidad. Pero este entendimiento del DIH como ley especial ha sido rechazado en el ámbito internacional²⁹ y nacional. Recientemente, la Corte Constitucional recordó que, por el principio de complementariedad y convergencia, el DIH y el DIH "deben ser aplicados y reconocidos de manera concurrente en aquellos eventos de conflicto armado -internacional, o no internacional-, pues a pesar que puedan ser considerados

28 Ver, por ejemplo: Tribunal Internacional Penal para Ruanda. Fiscal v. Jean Paul Akayesu. Caso No. ICTR-96-4. Sentencia del 2 de septiembre de 1998. párr. 479.
29 Ver: High Court of Justice Queen's Bench Division. Case Serdar Mohammed Vs Ministry of Defense. [2014] EWHC 1369 (QB). Case No. HQ12X03367 (02/05/2014). Before Mr. Justice Leggatt. Párrs. 269-294; Borelli (2015); Intervención de Dejusticia ante la Corte Constitucional, en la demanda contra el Acto Legislativo de 01 de 2015. Disponible: http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/01_name_recurso783.pdf

"La responsabilidad de los mandos de las FARC-EP por los actos de sus subordinados deberá fundarse en el control efectivo de la respectiva conducta, en el conocimiento basado en la información a su disposición antes, durante, o después de la realización de la respectiva conducta, así como en los medios a su alcance para prevenir que se cometa o se siga cometiendo la conducta punible, siempre y cuando las condiciones fácticas lo permitan, y de haber ocurrido, promover las investigaciones procedentes. *También se entenderá que existe conocimiento basado en la información disponible cuando el superior sabía o poseía información que le permitiera concluir, en las circunstancias del momento, que el subordinado estaba cometiendo o iba a cometer tal infracción.*

Se entiende por control efectivo de la respectiva conducta, la posibilidad que el superior tenía de haber ejercido un control apropiado sobre sus subalternos, en relación con la ejecución de la conducta, conforme al derecho internacional."

Exclusión de la acción de repetición y llamamiento en garantía para miembros de la Fuerza Pública

El artículo 25 transitorio estipula que no procede la acción de repetición y llamamiento en garantía para miembros de la Fuerza pública, que hayan cometido crímenes internacionales. Esa norma es inconstitucional, porque viola el derecho de las víctimas a contar con un recurso judicial efectivo para obtener reparación integral por vía judicial (artículos 229 de la Constitución y 2, 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que hacen parte del bloque de constitucionalidad). En esta materia, existe reiterada jurisprudencia constitucional que ha declarado inexecutable medidas similares que intentaron implementarse en el proceso de Justicia y Paz³¹.

Bibliografía

- Ambos, K. (2009). El marco jurídico de la Justicia de Transición. En K. Ambos, E. Malarino, & G. Eisner (Eds.), *Justicia de Transición - Con informes de América Latina, Alemania, Italia y España*. Montevideo: Fundación Konrad Adenauer.
- Borelli, S. (2015). The (Mis)-Use of General Principles of Law: Lex Specialis and the Relationship between International Human Rights Law and the Laws of Armed Conflict. En L. Pineschi (Ed.), *General Principles of Law - The Role of the Judiciary*. Springer.
- Braithwaite, J. (2001). *Restorative Justice and Responsive Regulation*. Oxford: Oxford University Press.
- Crocker, D. A. (2002). Democracy and Punishment: Punishment, Reconciliation, and Democratic Deliberation, 5, 509-549.

31 Corte Constitucional. Sentencia C-286 de 2014, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

- Henckaerts, J.-M., & Doswald-Beck, L. (2007). *El derecho internacional humanitario consuetudinario, Volumen I: Normas*. Buenos Aires: Comité Internacional de la Cruz Roja, Centro de Apoyo en Comunicación para América Latina y el Caribe.
- House of Lords. (2009). *Select Committee on the Constitution 15th Report of Session 2008-09 Fast-track Legislation: Constitutional Implications and Safeguards* (Vol. 1). Authority of the House of Lords.
- International Alert. (2006). *Local Business, Local Peace: the Peacebuilding Potential of the Domestic Private Sector*. UK: International Alert.
- La Rota, M., Bernal, C., Santa, S., & Uprimny Yepes, R. (2012). *Autonomía presupuestal responsable y transparente: propuesta para reformar el presupuesto del Sistema Judicial*. Bogotá D.C.: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad - Dejusticia.
- Mattarollo, R. (2002). Definition and Primary Objectives: To Search for the Truth and Safeguard the Evidence. En Bassiouni (Ed.), *Post-Conflict Justice*. New York: Transitional Publishers, Ardsley.
- Mettraux, G. (2009). *The Law of Command Responsibility*. Oxford: Oxford University Press.
- Minow, M. (1998). *Between Vengeance and Forgiveness: Facing History after Genocide and Mass Violence*. Boston: Beacon Press.
- Nylander, D. (2014). The Colombian peace process: Challenges for implementation of a peace agreement. Presentado en Seminario Internacional: La paz en Colombia, Universidad Torcuato di Tella. Recuperado a partir de <https://www.regjeringen.no/no/aktuelt/Challenges-for-implementation-of-a-peace-agreement/id2008433/>
- Uprimny, R. (Ed.). (2006). *Justicia transicional sin transición. Verdad, justicia y reparación para Colombia*. Bogotá D.C.: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad - Dejusticia.
- Uprimny Yepes, R. (1994). Justicia y resolución de conflictos: la alternativa comunitaria. I.
- Uprimny Yepes, R., Sánchez León, N. C., & Sánchez Duque, L. M. (2014). *Justicia para la paz: Crímenes atroces, derecho a la justicia y paz negociada*. Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad - Dejusticia.

Primera Constitucional del Senado de la República Ponencia "Adecuaciones del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición (SIVJRNR) al Derecho Internacional de los Derechos Humanos" y solicitamos respetuosamente que se nos inscriba en el orden del día.

Nuestra ponencia consistirá en lo siguiente:

Sobre la Comisión de la Verdad

- Frente a comisión de la verdad consideramos que es importante que en la norma se incluya el plazo de funcionamiento, así como se hace con la JEP. Además, que este tenga en cuenta el tiempo de preparación y su necesaria articulación con la JEP. Esto permitirá que los 3 años de los que habla el Acuerdo Final sean de ejercicio efectivo. (art. Transitorio 15)
- Las actividades de la Comisión no tendrán carácter penal, no imputación. Sin embargo, se deben aplicar Principios internacionales que establecen que las comisiones de verdad juegan un rol fundamental como mecanismos complementarios del Sistema de Justicia. La verdad que allí se produzca debería poderse usar en un procedimiento judicial, así no tenga la finalidad de atribuir responsabilidades. (Art. Transitorio 2)
- Se debe garantizar expresamente la garantía de acceso a la información dentro de las facultades de los Comisionados de la Verdad

Sobre la JEP:

- Reconocemos avances, en especial en el tema de participación de las víctimas y en que quienes sean sancionados por graves violaciones de DDHH no podrán hacer parte de organismos de seguridad.
- Sin embargo, Subsisten preocupaciones.
- Insistimos en la exclusión injustificada de la acción de repetición y reparación que se predica de los Agentes estatales en el (art. 25.) de acuerdo a los derechos de las víctimas a una reparación integral.

– **Doctora Soraya Gutiérrez Arguello** Integrante Junta Directiva Colectivo de Abogados José Alvear Restrepo. **Doctora Jomary Liz Ortigón Osorio**, Presidenta Colectiva de Abogados José Alvear Restrepo

Bogotá D.C., 13 de febrero de 2017

CARLOS FERNANDO MOTOA

Presidente

Comisión Primera Senado de la República

E.S.D.

Correo: Comisionprimera@gmail.com

REF. Ponencia Audiencia Pública 13 de febrero 2016 sobre Proyecto de Acto Legislativo número 02 de 2016 Cámara, "por medio del cual se crea un título de disposiciones transitorias de la Constitución aplicables a los agentes del Estado para la terminación del conflicto armado y la construcción de una paz estable y duradera y se dictan otras disposiciones", acumulado con el Proyecto de Acto Legislativo número 03 de 2016, "por medio del cual se crea un título de disposiciones transitorias de la Constitución para la terminación del conflicto armado la construcción de una paz estable y duradera y se dictan otras disposiciones."

JOMARY LIZ ORTEGÓN OSORIO, Presidenta de la Corporación Colectiva de Abogados José Alvear Restrepo, ciudadana colombiana mayor de edad, vecina de Bogotá, identificada con C.C. 52.537.603, y **SORAYA GUTIERREZ ARGÜELLO**, quien es integrante de la Junta Directiva de la misma organización, ciudadana colombiana mayor de edad, vecina de Bogotá, identificada con C.C. 46363125, en ejercicio del artículo 231 de la Ley 5ta de 1992 y de conformidad con la Convocatoria de Audiencia pública para el 14 de febrero de 2017 en el marco del Procedimiento Legislativo Especial para la paz, presentamos ante la Comisión

- Insistimos en que lo dispuesto en el artículo 28 del Estatuto de Roma es violado por el art. 23 transitorio sobre la Responsabilidad de mando de agentes estatales.

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

Cordialmente,

Soraya Gutierrez Arguello

C.C. 46363125

Integrante de la Junta Directiva

Colectivo de Abogados José Alvear Restrepo

Jomary Liz Ortigón Osorio

C.C. 52537603

Presidenta

Colectivo de Abogados José Alvear Restrepo

– Alberto Yepes Palacio Coordinador del Observatorio de Derechos Humanos Coordinación Colombia- Europa-Estados Unidos



COORDINACIÓN COLOMBIA – EUROPA – ESTADOS UNIDOS
INTERVENCIÓN EN COMISIÓN PRIMERA DEL SENADO

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

Alberto Yepes P.
Coordinador Observatorio de Derechos Humanos
y Derecho Internacional Humanitario

I. El principio de Inescindibilidad de la JEP que se menciona no se ve reflejado en las disposiciones del Proyecto de Acto Legislativo sobre el Trato a los Miembros de la Fuerza Pública. Preocupaciones y Recomendaciones

El Artículo 20 del proyecto dice basarse en el carácter inescindible de la Jurisdicción Especial para la Paz. En realidad, las disposiciones contenidas en el Proyecto de Acto Legislativo 02 y 03 de 2016 (Cámara) han terminado consagrando un régimen que si es diferenciado y separado del consagrado para los miembros de las organizaciones insurgentes desmovilizadas, pero que ante todo les provee a los miembros de la Fuerza Pública un régimen asimétrico de privilegios, inequitativo con su obligación de rendir cuentas ante las víctimas, y desequilibrado con el trato que se dará frente a los demás sujetos que sometan al Sistema en lo referente tanto al marco legal aplicable, como a los criterios de responsabilidad de los mandos implicados y mucho más favorable para los agentes estatales en cuanto a su obligación de reparar a las víctimas y con consideraciones mucho más favorables en cuanto a las sanciones aplicables y sus consecuencias.

1. El Marco legal aplicable a los agentes del Estado no se corresponde con el marco legal aplicable a los miembros de las organizaciones insurgentes. Este trato asimétrico se deduce del hecho de que el proyecto consagra que las conductas de quienes se sometan al sistema se basará en el Código Penal Colombiano vigente al momento de la comisión del hecho, en las normas de Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) y de Derecho Internacional Humanitario

(DIDH), pero para el caso de los miembros de la Fuerza Pública, dispone que “se tendrán en cuenta las reglas operacionales vigentes al momento de la comisión del hecho, siempre que no sean contrarias a la normatividad legal”.

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

La apelación amplia a nociones como los “blancos legítimos”, los daños colaterales o emergentes, la vinculación de civiles a operaciones militares, la institución de recompensas por bajas y otras figuras, evidencian que estas nociones operacionales pretenden anteponer la eficacia militar a las limitaciones y restricciones propias del marco de obligaciones impuestas tanto por el Derecho Internacional Humanitario como por el Derecho Internacional de los Humanos. Recordarse que muchos de los manuales, directrices e instructivos para las operaciones contrainsurgentes de la Fuerza Pública han sido redactados a la luz del concepto del “enemigo interno” y en desarrollo de la Doctrina de la Seguridad Nacional. Gran parte de estos manuales son de carácter secreto y ultra-secreto, y su desclasificación se ha negado, incluso desconociendo ordenes de altos tribunales, con el argumento de que muchas de sus disposiciones aún continúan vigentes. En algunos de esos manuales se favorece la conformación de organizaciones paramilitares, prácticas que favorecen las desapariciones forzadas, torturas o imponen la reserva para el encubrimiento de graves crímenes en materia de derechos humanos. De suerte pues, que la compatibilidad de la normatividad operacional de las Fuerzas Militares con la normatividad vigente, de ningún modo es garantía de respeto o sujeción a las restricciones o limitaciones vinculantes impuestas por el Derecho Internacional Humanitario.

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

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

En el fondo de esta supresión se encuentra la concepción de que en tiempos de guerra los agentes estatales sólo deben aplicar el Derecho Internacional Humanitario, y reservar el Derecho Internacional de los Derechos Humanos para los tiempos de Paz. Esta concepción es totalmente equivocada. La comunidad internacional acepta hoy de manera generalizada que, dado que las obligaciones de derechos humanos se derivan del reconocimiento de los derechos inherentes de todos los seres humanos y que estos derechos podrían verse afectados tanto en tiempo de paz como en estado de guerra, el derecho internacional de los derechos humanos se sigue aplicando en las situaciones de conflicto armado. Por otra parte, nada en los tratados de derechos humanos indica que no sean aplicables en tiempos de conflicto armado. En consecuencia, se considera que estos dos conjuntos normativos —el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario— son fuentes complementarias de obligaciones en situaciones de conflicto armado. Por ejemplo, el Comité de Derechos Humanos, en sus Observaciones generales N° 29 (2001) y N° 31 (2004), recordó que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se aplica también en situaciones de conflicto armado en que eran de aplicación las normas del derecho internacional humanitario. El Consejo de Derechos Humanos, en su resolución 9/9, reconoció además que las normativas de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario eran complementarios y se reforzaban mutuamente.

Al proceder de esta manera el Congreso de la República desoace expresamente los mandatos contenidos en la reciente Sentencia C-084 de 2016 de la Corte Constitucional sobre la constitucionalidad condicionada de la Reforma a la Jurisdicción Penal Militar en la cual la Corte dejó en claro que “en la investigación y juzgamiento de conductas punibles de los miembros de la Fuerza Pública en relación con un conflicto armado, se debe aplicar tanto el Derecho Internacional Humanitario, como el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, señalando además que “La reforma constitucional introducida al artículo 221 de la constitución, no excluye la aplicación concurrente y complementaria de ambos ordenamientos jurídicos”.

En consecuencia nuestra recomendación es que el Proyecto de Ley incorpore y reconozca la aplicación concurrente y complementaria del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario en las actuaciones de las fuerzas de

seguridad, y en consecuencia añada al primer párrafo del artículo 21 del proyecto de Acto Legislativo al Derecho Internacional de los Derechos Humanos como marco de responsabilidad vinculante para todos los miembros de la Fuerza Pública y demás agentes estatales.

3. El Proyecto de Acto Legislativa consagra una desigualdad asimétrica en la aplicación del Derecho Internacional Humanitario a favor de los miembros de la Fuerza Pública. Así, Mientras se exige una responsabilidad plena con el Derecho Internacional Humanitario para los miembros de las insurgencias que se sometan a la JEP, para los miembros de la Fuerza sólo se exige que en la determinación de su responsabilidad el DIH sólo sea valorado en su faceta de *lex specialis*. Esta disposición desconoce que la consideración del DIH como *lex specialis* sólo aplica en circunstancias muy determinadas y como pauta interpretativa en contextos muy restringidos en los cuales se dificulte la aplicación concomitante del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario. La pauta general en la conducción de los conflictos armados es la de la aplicación concurrente y complementaria de ambos corpus de protección de los seres humanos. Esta disposición igualmente se fundamenta en una apreciación errónea de lo que significa la consideración del DIH como *lex specialis*, creyendo que implica el desplazamiento del Derecho Internacional de los Derechos Humanos por la normatividad del DIH en todas las circunstancias en las que deba aplicarse la normatividad humanitaria.

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

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

4. Hay una consideración dispar y desigual que favorece a los miembros de la Fuerza Pública en cuanto la concesión de tratos especiales para quienes han cometido en el marco del conflicto delitos que implican enriquecimiento personal. En tanto que la Ley de Amnistía recientemente aprobada exige para los miembros de las guerrillas que pueden beneficiarse de amnistías o indultos que los delitos políticos de que se les acusa “sean ejecutados sin ánimo de lucro personal”, y que los delitos comunes que puedan ser considerados como conexos “no se trate de conductas ilícitas cometidas con ánimo de lucro personal, en beneficio propio o de un tercero” (artículo 8 Ley 1820 de 2016), el actual proyecto de Acto Legislativo 02 y 03 se esfuerza por considerar un trato beneficioso especial a los miembros de la Fuerza Pública que cometieron conductas que en el marco del conflicto armado llevaron a un enriquecimiento personal de los implicados en tales crímenes, con tal de dicho enriquecimiento personal no haya sido “indebido” (1915) o que en caso de serlo, se vincule con la amplísima variedad de circunstancias que se esfuerzan por justificarlo como relacionado con el conflicto armado, y por hacerlo parecer como no “determinante de la conducta delictiva” (artículo 20 PAL 02 y 03 de 2016).

De este modo, se establece un trato desequilibrado pues los conductas que conllevan enriquecimiento personal en los miembros de la guerrilla se excluyen de la jurisdicción especial de paz, pero en el caso de los miembros de las fuerzas de seguridad se les incluye en su jurisdicción, esforzándose por hacerlo aparecer dicho enriquecimiento personal como directamente vinculado al

conflicto armado para hacerlo objeto de beneficios de cesación de la responsabilidad o de las sanciones penales.

Las circunstancias allí contenidas como justificantes del enriquecimiento personal indebido o del carácter "no determinante" del mismo, tales como que dicho enriquecimiento se haya llevado a cabo con la excusa de la existencia del conflicto armado para perpetrarla, para encubrirlo o para seleccionar a la víctima o sujeto pasivo de dicho enriquecimiento indebido, o haber utilizado el entrenamiento y las habilidades conferidas o la utilización de los medios al servicio del Estado para perpetrar y consumir las conductas que llevaron a dicho enriquecimiento, antes que justificantes, o circunstancias de extenuación o atenuación de la conducta, deberían ser tenidas en cuenta como agravantes de la conducta criminal.

La inclusión de esta fórmula creativa podría llevar a todos los casos de "falsos positivo" perpetrados por el ánimo de recibir recompensas, o mediante el uso ilegal de fondos reservados, fueran objeto de tratamientos especiales para sus perpetradores. Igualmente, podría llevar a dejar sin sanción a los agentes del Estado que actuaron bajo la nómina de los grupos paramilitares y se enriquecieron a su servicio acusados de promover, organizar o coordinar sus acciones con estos grupos paramilitares o incluso actuaron al servicio de narcotraficantes que posaban luego como jefes paramilitares. El talante creativo de esta disposición podría llevar incluso a disponer que se otorgue trato especial en la Jurisdicción de paz a miembros de la Fuerza Pública acusados de narcotráfico, corrupción en la contratación o las compras estatales, o inclusive delitos relacionados con la acaparamiento ilegal y la recepción o despojo ilegal de tierras, que sin dada alguna, son una de las conductas menos investigadas en el largo tramo de atrocidades perpetradas en el desarrollo del conflicto armado interno y que pueden estar influyendo en los escasos avances de las instituciones estatales con responsabilidad en garantizar la implementación de la ley de restitución de tierras, incluido el Ministerio de Defensa.

La recomendación que proponemos, en consecuencia, es la de equiparar el régimen aplicable a todos los que se someten a la Jurisdicción Especial de Paz y suprimir completamente el artículo 20 del proyecto de ley, pues la competencia de la jurisdicción especial de paz está formulada en el artículo 5 del Proyecto para todos los que se someten a su jurisdicción.

5. El proyecto de Acto legislativo incorpora para los militares un parámetro desequilibrado con respecto a las guerrillas en relación con la duración de las penas que podrían imponerse en la Jurisdicción Especial de Paz. En efecto, el artículo 22 establece que en relación con los miembros de la Fuerza Pública "Para el caso de las sanciones ordinarias, se podrá obtener reducciones, subrogados penales o beneficios adicionales en la privación de libertad, siempre y cuando el sancionado se comprometa a contribuir con su reeducación a través del trabajo, capacitación o estudio durante el tiempo que permanezca privado de la libertad...". Esta disposición permite que efectivamente las sanciones ordinarias que se deriven para los agentes del Estado en la JEP lleguen a ser mucho más bajas que las establecidas o cumplidas por los miembros de las guerrillas, lo que no tiene ninguna presentación a la luz de los principios del derecho nacional o internacional, ni mucho menos atendiendo al principio de la responsabilidad agravada de los agentes estatales por violaciones a los derechos humanos.

Más grave aún es que estos descuentos de sanción y subrogados penales puedan ser otorgados por el ejercicio de actividades militares, policiales o de inteligencia, entrenamiento

¹ Sobre el Principio de la Responsabilidad Agravada de los Agentes Estatales por violaciones a los derechos humanos véase la Sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Subsección A, Sentencia del 14 de septiembre de 2016. Caso Jaime Garzón Vs. Ministerio de Defensa-Ejército Nacional. Expediente 34.349

militar y policial, y en fin actividades relacionadas con funciones de seguridad, que por estar en conexión con las actividades que llevaron a la violación de derechos humanos, son contrarias a las obligaciones de no repetición que tendrían que cumplir los implicados. Los riesgos se acrecientan cuando en la Ley de Amnistía se prevé la posibilidad de reintegro a las funciones para los agentes estatales como efecto adicional al beneficio de renuncia a la persecución penal.¹

La asimetría y discordancia con el cumplimiento efectivo de sanciones entre los miembros de la guerrilla y los de la Fuerza Pública se refuerza si se tiene en cuenta que en la Ley de Amnistía e Indulto ya se consagra para estos últimos que "tendrán derecho a que se compute para efecto de la asignación de nuevo el tiempo que estuvieron privados efectivamente de la libertad con anterioridad a la entrada en funcionamiento de la JEP".²

La recomendación de la CCEEI en este punto es establecer condiciones simultáneas y equilibradas para la imposición y cumplimiento de las penas para agentes estatales y para miembros de la guerrilla, aunque ello implicaría renunciar a considerar el principio de responsabilidad agravada por violaciones a los derechos humanos de los agentes estatales, eliminando el párrafo final del artículo 22 del Proyecto en comento, y que dice "Para el caso de las sanciones ordinarias, se podrá obtener reducciones, subrogados penales o beneficios adicionales en la privación de libertad, siempre y cuando el sancionado se comprometa a contribuir con su reeducación a través del trabajo, capacitación o estudio durante el tiempo que permanezca privado de la libertad y a promover actividades orientadas a la no repetición del daño causado una vez puesto en libertad."

6. El Proyecto de Acto Legislativo impone un trato asimétrico que obstaculiza o impide que miembros de la Fuerza Pública cumplan con su obligación de reparar materialmente a las víctimas de graves violaciones a los derechos humanos. Mientras que Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto dispone que los integrantes de las FARC deberán inventariar y denunciar todo tipo de bienes y activos incluidos en lo que se ha venido denominando recursos para la guerra y proceder con dichos bienes y activos a la reparación material de las víctimas⁴, para el caso de los miembros de las Fuerzas de Seguridad se obstaculiza o impide esta reparación material al establecer en el Artículo transitorio 23 la "Exclusión de la acción de repetición y llamamiento en garantía para miembros de la Fuerza Pública" disponiendo que para estos no procederá la acción de repetición y el llamamiento en garantía establecidos en el artículo 90 de la Constitución Política, y que la reparación que las víctimas de agentes estatales pueden esperar será únicamente "la reparación no monetaria". Impedir que los agentes estatales que han perpetrado graves crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad respondan con su propio patrimonio y disponer que la reparación de sus crímenes deba hacerse exclusivamente con los el presupuesto público alimentado por los impuestos de los ciudadanos, incluidos la víctimas, parece un despropósito. Mucho mayor si se considera que, como quedó mencionado antes, los crímenes de agentes estatales que hayan implicado enriquecimiento personal de sus perpetradores tampoco están excluidos de los tratos favorables para miembros de la Fuerza Pública en la regulación que se propone para la Jurisdicción Especial de Paz.

¹ Ley 1820 de Amnistía e Indulto. Artículo 48 Párrafo 2.
² Ley 1820 de Amnistía e Indulto. Artículo 51 Párrafo 1.
³ Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y a Construcción de una Paz Estable y Duradera. Punto 5.1.3.7. Versión del 24 de Noviembre de 2016.

En consecuencia, la recomendación para este tema es que excluya del articulado el texto completo del artículo 23 transitorio, y se garantice de ese modo que tanto los agentes de la Fuerza Pública contribuirán de manera eficaz a la reparación material de las víctimas.

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

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

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

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

No puede el Congreso, con ocasión de aprobar disposiciones para implementar un proceso de paz distorsionar para el caso de los agentes estatales los criterios que determinan la responsabilidad del superior jerárquico, ni mucho menos consagrar como factores de exclusión de responsabilidad circunstancias tales como que el superior jerárquico pueda demostrarse que tenía control efectivo de la conducta de sus tropas, cuando lo que exige es, según advirtió recientemente la Fiscal de la Corte Penal Internacional, que el superior jerárquico "ejercía mando o control efectivo" lo que demuestra "simplemente con preguntarse si el superior tenía capacidad material de prevenir o castigar los delitos cometidos por sus subordinados". Tampoco puede eludir el criterio de que el mando militar debe responder de sus acciones cuando por razón de su jerarquía, por las funciones a su cargo, o por las circunstancias del hecho estaba en condiciones de saber o debería haber sabido de los crímenes que cometieron o estaban por cometer las tropas a su cargo, y no tomó las medidas para prevenirlas, impedir las o sancionadas, como sucede con las decenas o cientos de ejecuciones extrajudiciales perpetradas entre los años 2002-2010 en varias de las Brigadas Militares en diferentes regiones del país, hecho que también ha sido constatado por los informes preliminares de la Fiscalía de la Corte Penal Internacional.

El Estado colombiano también es parte de otros tratados internacionales que obligan a respetar los criterios de responsabilidad del superior jerárquico y que consagran el principio de

⁴ CPI recomienda la Jurisdicción de Paz se apege al Estatuto de Roma. En: El Espectador. 23 de enero de 2017. <http://www.elselector.com/noticias/paz/cpi-recomienda-jep-se-apege-al-estatuto-de-roma-articulo-67612>

responsabilidad penal del mando por crímenes según el derecho internacional, tales como el Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (artículo 86, 2) y el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (artículo 28). Los criterios del artículo 28 son tanto o más vinculantes para el Estado Colombiano en el orden interno, dado que fueron redactados como excesivamente selectivos para poder que la CPI pudiera atender al carácter subsidiario de su jurisdicción, al hecho de que solo actúa cuando la obligación de los Estados de investigar en el orden interno a los superiores jerárquicos y otros responsables de los crímenes más graves ha sido incumplida, y al hecho de que por su naturaleza universal solo podrá ocuparse de unos pocos casos muy seleccionados y priorizados de esos máximos responsables en los más de 100 países. Asimismo, el Congreso de la República sancionó el primero de diciembre de 2010 la Ley No. 1418, por medio de la cual se aprueba la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas⁵ adoptada en Nueva York el 20 de diciembre de 2006. Esta Convención, en su artículo 6, igualmente integra el principio de responsabilidad penal del superior, y por lo tanto mal haría ahora el Congreso en eludir o evadir estos criterios para impedir que los superiores castrenses rindan cuentas de los crímenes perpetrados por los subordinados bajo su control efectivo con su conocimiento real o presunto.

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

Bogotá, 14 de febrero de 2017

TABLA DE MODIFICACIONES PROPUESTAS AL PROYECTO DE LEY 02 y 03 de 2016 (Acumulados) que regula la Jurisdicción Especial de Paz y el Trato diferencial para los Militares ante la Justicia Transicional

ARTÍCULO	MODIFICACIÓN PROPUESTA
Artículos 21 y 23 – Derecho Operacional para valorar la conducta de los agentes estatales	Supresión del párrafo 2 del artículo 21 del Proyecto y de la expresión "y las reglas operacionales de la Fuerza Pública en relación con el DIH siempre que ellas no sean contrarias a la normatividad legal" contenida al final del primer párrafo de artículo 23 del Proyecto.
Artículo 23 – Omisión del Derecho Internacional de los Derechos Humanos para investigar las actuaciones de la Fuerza Pública	Incorporación y reconocimiento de la aplicación concurrente y complementaria del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario en las actuaciones de las fuerzas de seguridad, y en consecuencia se añade al primer párrafo del artículo 23 del proyecto de Acto Legislativo al Derecho Internacional de los Derechos Humanos como marco de responsabilidad vinculante para todos los miembros de la Fuerza Pública y demás agentes estatales.
Artículo 23	Supresión de la mención de "ley especial" al consagrar al DIH como

Consideración del Derecho Internacional Humanitario en su faceta de ley especial para valorar la responsabilidad de la Fuerza Pública.	marco para determinar la responsabilidad de agentes de la Fuerza Pública en el artículo 23 de este proyecto.
Artículo 22 - Tratamiento especial a los miembros de la Fuerza Pública inculcados en conductas de desajuste personal "indómito".	Equiparar el régimen aplicable a todos los que se someten a la Jurisdicción Especial de Paz y suprimir completamente el artículo 22 del proyecto de ley, pues la competencia de la jurisdicción especial de paz está ya formulada en el artículo 5 del Proyecto para todos los que se someten a su jurisdicción.
Artículo 24 - Reducciones, Subrogadas penas y beneficios adicionales para agentes estatales por trabajos, capacitación o estudio en los centros de guarniciones militares.	Establecer condiciones simultáneas y equilibradas para la imposición y cumplimiento de las penas para agentes estatales y para miembros de la guerrilla, aunque ello implicaría renunciar a considerar el principio de responsabilidad agravada por violaciones a los derechos humanos de los agentes estatales, eliminando el párrafo final del artículo 22 del Proyecto en comento que dice "Para el caso de las sanciones ordinarias, se podrá obtener reducciones, subrogadas penas o beneficios adicionales en la privación de libertad, siempre y cuando el sancionado se comprometa a contribuir con su reeducación a través del trabajo, capacitación o estudio durante el tiempo que permanezca privado de la libertad y a promover actividades cívicas y a no repetir el delito cuando sea vez puesto en libertad."
Artículo 25 - Exclusión de la acción de repetición y llamamiento en garantía para miembros de la Fuerza Pública.	Supresión del articulado el texto completo del artículo 25 transitorio, y se garantiza de ese modo que tanto los agentes de la Fuerza Pública contribuyan de manera eficaz; a la reparación material de las víctimas con su propio patrimonio, sin excluir la acción de repetición.
Artículos 22 y 23 - Criterios mínimos de legitimidad en la determinación de la Responsabilidad del Superior para miembros de la Fuerza Pública en relación con los establecimientos para las guerrillas que desconocen los criterios del derecho internacional.	Reformulación adecuadamente los artículos 22 y 23 del actual proyecto subcomisión a los criterios contenidos en el artículo 28 del Estatuto de Roma, y consagración de una fórmula simbólica para determinar la responsabilidad jurídica tanto de los miembros de la fuerza pública, como de otros agentes estatales con función de mando al igual que se consagra para los superiores jerárquicos de las organizaciones insurgentes en proceso que se someten a la Jurisdicción Especial de Paz.


Pastoral Social
Caritas Colombiana

- ✓ Favorecer la creación de una veeduría especial sobre el acceso y uso de la tierra, conformada por organizaciones y representantes de las víctimas, que además cuente con las garantías técnicas y logísticas necesarias para su operación en los territorios.

II. Frente al Acuerdo de "Participación Política: Apertura democrática para construir paz":

- ✓ La designación de un número específico de Circunscripciones Transitorias Especiales de Paz para las víctimas, con el ánimo de garantizar la representación en el Congreso de sus intereses y propuestas, y como medida de reparación por el daño causado en razón del ejercicio de la política.
- ✓ Así mismo, los movimientos y organizaciones e víctimas con intereses en constituirse como partidos políticos deberían contar con las garantías que les permitan competir en igualdad de condiciones con los partidos tradicionales. Dichas garantías deberán comprender, además de las reformas normativas necesarias para la reducción o eliminación de umbrales, procesos de asistencia técnica, asignación de recursos para la realización de campañas, acceso a medios de comunicación y medidas de seguridad y protección.
- ✓ Garantizar un espacio para las víctimas y sus expresiones organizadas como un sector específico en el marco del Consejo Nacional de Reconciliación, Convivencia y No Repetición. Las víctimas tenemos experiencias acumuladas en materia de construcción de paz, perdón y reconciliación y prevención de la estigmatización que pueden aportar al fortalecimiento de la convivencia en el postconflicto.

Página 3 de 6

- Monseñor Héctor Fabio Henao Gaviria


Pastoral Social
Caritas Colombiana

RECONOCER LA VOZ DE LAS VÍCTIMAS
PILAR FUNDAMENTAL PARA LA RECONCILIACIÓN EN COLOMBIA

Por Monseñor Héctor Fabio Henao Gaviria
Director
Secretariado Nacional de Pastoral Social - Caritas Colombiana

(Saludos...)

Los acuerdos de paz con las FARC EP y los que se inician con el ELN deben entenderse fundamentalmente como un compromiso con el restablecimiento de los derechos a la verdad, justicia, reparación y no repetición, de las más de 8 millones de víctimas que hay en Colombia.

Este compromiso con las víctimas no sólo debe expresarse en normas y políticas de Estado que garanticen la protección de sus vidas, libertad e integridad, sino de su derecho a participar en la reconstrucción de un país quebrado por décadas de violencia, siendo además reparados bajo un enfoque de justicia transformadora que no sólo restituya lo perdido, sino que les permita superar las condiciones de vida que ostentaban inicialmente, y que en muchos casos los expulsó al abandono, la exclusión y las violencias que hoy lamentamos y queremos detener.

Sin embargo la reparación integral a las víctimas exigirá una mayor oferta social del Estado a lo largo y ancho del país, la promoción de espacios permanentes y horizontales de diálogo social, un acceso oportuno a la justicia que los reconozca como sujetos no sólo políticos sino de derechos individuales y colectivos, y unos territorios seguros que les garanticen el acceso al agua, la seguridad alimentaria y la práctica de sus tradiciones culturales y experiencias organizativas.

Durante 60 años el Secretariado Nacional de Pastoral Social ha tenido la oportunidad de trabajar con hombres y mujeres de diversas edades y orígenes a lo largo y ancho de Colombia, encontrándose con comunidades flageladas por la violencia armada que luego

Página 1 de 6


Pastoral Social
Caritas Colombiana

III. Con relación al Acuerdo de "Fin del conflicto": Establecer espacios formales para la interlocución del Mecanismo Tripartito de Monitoreo y Verificación con las comunidades y organizaciones sociales y de víctimas con presencia en los territorios en donde se encuentran ubicadas las zonas veredales y puntos transitorios de normalización, en aras de favorecer el reporte de alerta de situaciones que puedan poner en riesgo el cese al fuego y de hostilidades bilateral y definitivo y prevenir cualquier incidente que pueda afectar a la población civil, especialmente aquellos en razón de género.

- ✓ Que en el marco del Programa Integral de Seguridad y Protección para las Comunidades y Organizaciones en los territorios que crea el Acuerdo de Paz, se contemplen medidas especiales para la protección de las víctimas, así como el apoyo técnico y financiero necesario para estimular la documentación, denuncia y prevención de situaciones que vulneren su seguridad.
- ✓ Que la recientemente instalada Comisión Nacional de Garantías de Seguridad inicie sus funciones de atención a las constantes denuncias de riesgo y amenaza contra comunidades, líderes y defensores de derechos humanos en los territorios, brindando reportes mensuales de su labor a la opinión pública.

IV. Sobre el Acuerdo "Solución al problema de las Drogas Ilícitas":

- ✓ Las víctimas del campo por su involucramiento en el problema, deben tener un lugar preferente en procesos de participación local para la formulación de Planes integrales municipales y comunitarios de sustitución y desarrollo alternativo, así como de los Planes de atención inmediata y desarrollo de proyectos productivos, en articulación con las medidas establecidas en el Acuerdo de Reforma Rural Integral.

Página 4 de 6


Pastoral Social
Caritas Colombiana

son no victimizadas por el abandono, la exclusión y la falta de garantías y oportunidades, o por proyectos que sin un diálogo social justo y razonable terminan en ocasiones despojándoles de las pocas condiciones de vida digna que les quedaban.

Aun así, hay aportes desde los territorios y diversas organizaciones de víctimas para tratar de transformar esas realidades desde este mismo escenario:

I. En el marco del Acuerdo "Hacia un nuevo campo colombiano: Reforma Rural Integral":

- ✓ Realizar una actualización del catastro que respete y tenga en cuenta las diferentes cosmovisiones y la relación de los pueblos ancestrales y campesinos con la tierra. Así mismo que se conciba el enfoque de género.
- ✓ Que las víctimas tengan un lugar y una voz decisiva en el proceso de selección de beneficiarios/as del plan de adjudicación gratuita y del subsidio integral de tierras que se realizará en conjunto con las autoridades locales.
- ✓ Que de manera articulada con la Unidad de Restitución de Tierras, las víctimas puedan participar en escenarios de concertación con la nueva institucionalidad responsable de las medidas para la transformación del campo, con el ánimo de poder garantizar el acceso al Fondo de Tierras con la asignación de un número de hectáreas específico.
- ✓ Garantizar que dentro de los Planes de Desarrollo con Enfoque Territorial se realice un proceso de coordinación con la población víctima y los movimientos indígenas y afrocolombianos para la preservación de la vida en el territorio.

Página 2 de 6


Pastoral Social
Caritas Colombiana

V. Frente al "Acuerdo sobre las Víctimas del conflicto armado en torno al Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición":

Que el Sistema opere conforme al principio orientador de participación de las víctimas tal y como lo establece el Acuerdo, considerando un protocolo de participación de las víctimas en la Jurisdicción Especial para la Paz, que identifique en qué momentos procesales interviene la víctima, a qué tiene derecho en ese momento procesal, y su papel en caso de que haya un contencioso; además la reparación se debe hacer con base en la identificación del daño causado.

VI. Sobre el Acuerdo de Implementación, Verificación y Refrendación:

- ✓ Es necesario que se formalicen canales de interlocución directa entre las víctimas y las instancias de seguimiento y verificación de la implementación del Acuerdo Final, un especial con la Comisión de Seguimiento, Impulso y Verificación de la Implementación que nos permitan participar en la discusión del Plan Marco de Implementación, conocer el diseño de la batería de indicadores para medir el proceso y el avance en el cumplimiento de los compromisos pactados.
- ✓ Igualmente es indispensable el apoyo para la promoción y creación de veedurías ciudadanas conformadas por víctimas del conflicto armado para la vigilancia y control social de la implementación del Acuerdo.

VII. Propuesta para una Ley más efectiva para las Víctimas.

Por otro lado, la adecuación y fortalecimiento participativo de la Política de atención y reparación integral a víctimas en el marco del fin del conflicto y contribución a la reparación material de las víctimas contemplada en el punto 5.1.3.7 del Acuerdo Final, puede constituirse en otro gran reto para el gobierno nacional, en cabeza de la Unidad para las Víctimas, pero también en una oportunidad si se genera un escenario de diálogo y concertación nacional -con expresiones territoriales, si es posible en los 32 departamentos del país- con las Mesas de Participación efectiva de las Víctimas, escenarios autónomos de participación de las víctimas, organizaciones de víctimas y

Página 5 de 6



victimas no organizadas, que se desarrolle bajo la observancia de los enfoques éticos y de género y que garantice que nuestras necesidades, inquietudes, denuncias y propuestas serán efectivamente tenidas en cuenta. En este sentido, desde la Mesa Nacional de Víctimas pertenecientes a Organizaciones Sociales, ponemos a consideración algunas propuestas para las reformas de tipo normativo o ajustes de implementación que requiere la Ley 1448 de 2011.

Si logramos ayudar a transformar positivamente la realidad de las víctimas del conflicto armado en Colombia, habremos dado un paso gigante para acercarnos a la civilización del amor, desde un sentido más amplio de la justicia, de la participación política y de la construcción consuntoria de los territorios.

Página 6 de 6

- Doctora Juanita Goebertus Directora para Colombia Instituto para las Transiciones Integrales



COMUNICADO SOBRE EL PROYECTO DE ACTO LEGISLATIVO DEL SISTEMA INTEGRAL DE VERDAD, JUSTICIA, REPARACIÓN Y NO REPETICIÓN

Bogotá, 13 de febrero de 2017

Las organizaciones abajo firmantes dirigimos este comunicado a la opinión pública, al Congreso de la República, al Gobierno Nacional y a la Comisión de Seguimiento, Impulso y Verificación a la Implementación del Acuerdo Final (CSIV), con el fin de presentar nuestro análisis de la conveniencia política y la justificación constitucional del Proyecto de Acto Legislativo 02 de 2016. Cámara, acumulado con el Proyecto de Acto Legislativo 03 de 2016 (PAL 2-3/2016) que, entre otros asuntos, crea el Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición (SIVJRNY), en lo que incluye a la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP), y regula el tratamiento penal especial para los agentes de Estado.

Somos un grupo plural de organizaciones de la sociedad civil, de centros de investigación adscritos a universidades y académicos, que apoyamos el proceso de paz entre el gobierno colombiano y las FARC-EP. Consideramos que, aunque existen aspectos que deberían ser ajustados como señaláramos a continuación, las disposiciones del PAL 2-3/2016, de manera general, atienden a los fines de la paz, responden a las obligaciones del Estado colombiano contempladas en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH), el Derecho Internacional Humanitario (DIH) y el Derecho Penal Internacional (DPI), garantizan los derechos de las víctimas, se ajustan a lo pactado en el acuerdo de paz y respetan los pilares fundamentales de la Constitución Política de 1991.

En efecto, el PAL 2-3/2016 otorga fundamento constitucional al SIVJRNY, que contiene los principales elementos que soportan las obligaciones de las partes respecto a la garantía de los derechos de las víctimas del conflicto. En particular, la creación constitucional de la JEP es esencial para lograr un equilibrio entre la garantía de los derechos de las víctimas y los propósitos del proceso de paz, de desistimiento de armas y reintegración de los excombatientes. Además, la JEP es conveniente para la sostenibilidad del proceso de construcción de paz, ya que es necesario crear un sistema especializado que brinde cierre jurídico y definitivo al conflicto armado. De ahí deriva la importancia de que la JEP sea autónoma e independiente frente a otras jurisdicciones. En este último, destacamos que el PAL 2-3/2016, establece distintas vías para asegurar, en particular, la comunicación y coordinación entre la JEP, la Jurisdicción Ordinaria y la Jurisdicción Especial Indígena, por ejemplo. Corresponderá a las leyes, que desarrollen el régimen sustantivo y procedimental de la JEP, profundizar en esta articulación de jurisdicciones,



precisando, entre otros asuntos, las reglas de procedencia de tutela, de resolución de conflictos de competencia, de revisión de sentencias y la temporalidad de la JEP.

Para dar un cierre global al conflicto armado, el Acuerdo incluye un tratamiento penal especial para los agentes de Estado. Entre tratamientos son admitidos y sostenibles si cumplen dos condiciones básicas: que se realicen en el marco de una negociación global de paz y que se respeten los deberes especiales que los agentes estatales tienen frente a los derechos humanos.

Las siguientes son nuestras observaciones al PAL 2-3/2016, que presentamos con el fin de asegurar que el proyecto resulte lo más adecuado posible:

1. El artículo 3 transitorio del PAL 2-3/2016 crea la **UIRPD** como un ente del orden nacional con personería jurídica y con autonomía administrativa y presupuestal. Este artículo establece que la ley reglamentaria la naturaleza jurídica de la UIRPD pero, debido a que la misma no le otorga una naturaleza especial constitucional, podría entenderse que dicha unidad dependerá de la rama ejecutiva, de acuerdo con la Ley 489 de 1998. Creemos que la UIRPD debería tener el carácter de ente autónomo del orden nacional -de aquellos previstos en el artículo 113 de la Constitución-, con personería jurídica, autonomía administrativa, presupuestal y técnica, sujeta a un régimen legal propio. Ello por las siguientes razones. Primera, la UIRPD requiere autonomía e independencia frente a las ramas del poder público, para actuar sin restricciones en la búsqueda y localización de personas dadas por desaparecidas en el conflicto, en particular, en aquellos casos en los que están involucrados agentes del Estado. Segundo, la UIRPD debe ser percibida por todas las víctimas como una entidad imparcial en la que pueden confiar.
2. Como lo establece el Acuerdo Final, el **Tribunal para la Paz** debe concentrarse, desde un inicio, en la investigación, juzgamiento y sanción de quienes tuvieron una **participación determinante** en la comisión de los **crímenes más graves y representativos**. La previsión constitucional de esta competencia del Tribunal para la Paz estaría al colapso de la JEP y sería posible luchar de mejor manera contra la impunidad y contribuir a la satisfacción de los derechos de las víctimas. A esa conclusión llega la Corte Constitucional, en la sentencia C-579 de 2013.

El PAL 2-3/2016 guardó silencio sobre el tema hasta que, en la ponencia para segundo debate, se introdujo un nuevo artículo 16, el cual establece la competencia plena a los terceros que no participaron directamente en el conflicto armado. Con esta redacción, parecería que el Tribunal únicamente puede aplicar criterios de priorización y selección en estos casos y no en aquellos de miembros de la guerrilla o agentes del



Estado. Sugerimos entonces **incorporar un nuevo artículo transitorio general** que explícitamente regule, para todos los casos, que el Tribunal se concentrará en los casos más graves y representativos, y la facultad de llamar a comparecer a quienes tuvieron participación determinante; y **modificar el artículo 16 transitorio** para aclarar las reglas diferenciadas aplicables únicamente a terceros.

Artículo transitorio xx. Selección y concentración en los casos más graves y representativos y solicitud de comparencia. Sin perjuicio del deber general del Estado de investigar y sancionar las graves violaciones a los Derechos Humanos y al Derecho Internacional Humanitario, para asegurar el funcionamiento eficiente, eficaz y celer de la Jurisdicción Especial para la Paz, ésta tendrá las más amplias facultades para adoptar criterios de selección y priorización. Al ejercer estas facultades, la Jurisdicción tendrá en cuenta la necesidad de evitar tanto que las conductas graves y representativas y sus responsables queden impunes, como prevenir la congestión del Tribunal.

Cuando tres meses antes de presentar la resolución de conclusiones, a juicio de la Sala de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad, una persona respecto de la cual hubiere fundamentos claros y suficientes que hagan presumir su participación determinante en uno de los delitos de competencia del Tribunal para la Paz debe ser incluida en la resolución de conclusiones o ser remitida a la Unidad de investigación o acusación, pero la persona se hubiere negado a comparecer, la Sala deberá solicitarle a la sección de revisión del Tribunal que la obligue a efectuar tal comparencia ante la Jurisdicción Especial para la Paz. Lo anterior, sin perjuicio de la evaluación que deberá hacer la JEP sobre si la negación a comparecer implica un incumplimiento de las condiciones del Sistema.

Artículo transitorio 16. Competencia sobre terceros. Las personas que, sin formar parte de las organizaciones o grupos armados, hubieren contribuido de manera directa o indirecta a la comisión de delitos en el marco del conflicto, podrán acogerse a la JEP y recibir el tratamiento penal especial que las normas determinen, siempre que cumplan con las condiciones establecidas de contribución a la verdad, reparación y no repetición.

La JEP llamará a comparecer a las personas respecto de la cuales haya fundamentos claros y suficientes que hagan presumir su participación no coaccionada en conductas de financiación o colaboración con cualquier actor del conflicto, siempre que hayan tenido una participación activa o determinante en la comisión de los delitos de competencia del Tribunal.

Página 6 de 6

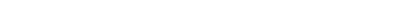


3. Como respuesta a las observaciones del Fiscal General de la Nación sobre los casos de posible **retrocedencia** y sus consecuencias en materia penal, la ponencia para segundo debate modificó el artículo 5 transitorio. Ahora, esa norma precisa que, si bien los delitos cometidos con posterioridad a la terminación del Proceso de Desistimiento de Armas serán de competencia de la jurisdicción ordinaria, los delitos cometidos en el contexto y en razón del conflicto armado serán de competencia de la JEP. En nuestra opinión, esta disposición es adecuada, porque respeta lo establecido en el Acuerdo Final y garantiza que se logre la satisfacción de los derechos de las víctimas del conflicto armado, a través del Sistema Integral.

Sin embargo, consideramos que es deseable aclarar que, si bien el incumplimiento de las condiciones del Sistema -lo que incluye la garantía de no repetición- debe tener consecuencias penales, **no todos los incumplimientos son de la misma gravedad, por lo que no siempre la consecuencia debe ser igual**. Por esta razón, el artículo 5 transitorio debería establecer que **“la Ley deberá regular los distintos criterios orientadores para evaluar el incumplimiento de las condiciones del Sistema y las consecuencias que deberán ser impuestas por parte de la JEP en cada caso”**. Una disposición de esta naturaleza permitirá preservar el principio de que todo beneficio penal deberá estar condicionado a contribuciones de verdad, reparación y no repetición, como lo establece el Acuerdo, y, a su vez, ofrecer garantías básicas de seguridad jurídica.

4. En relación con la **administración de la JEP**, sugerimos que el PAL 2-3/2016 incluya una disposición general que establezca que la Ley reglamentaria los siguientes aspectos:

- El **modelo de gestión de la JEP**. Es fundamental que la Ley establezca la relación entre el Presidente, el Secretario Ejecutivo y los demás órganos de la JEP, de tal forma que sea posible preservar su autonomía (por ejemplo, de la Unidad de Investigación y Acusación), diferenciar entre las funciones administrativas y las jurisdiccionales, de política de persecución penal o de defensa, y poner en marcha mecanismos que hagan operativo y ágil el funcionamiento de la Jurisdicción.
- **Precisar el régimen disciplinario sustantivo y procedimental** aplicable a los Magistrados del Tribunal, los Magistrados de las Salas y a los funcionarios de la JEP que no sean Magistrados.
- **Meritocracia, veeduría ciudadana y la aplicación de criterios de transparencia** en el proceso de escogencia de Magistrados de la JEP, incluyendo el funcionamiento del Comité de Deberidad, sus



responsabilidades y los mecanismos de rendición de cuentas y de veeduría ciudadana que deberán ponerse en marcha.

5. La **obligación de rendir cuentas**: La JEP deberá rendir cuentas de manera periódica ante la ciudadanía, tanto a través de audiencias públicas como de informes.

5. El artículo 12 transitorio del PAL 2-3/2016 establece que “[e]l Procurador General de la Nación, por sí o por sus delegados y agentes, no interpondrá en los procesos que se sigan ante la Jurisdicción Especial para la Paz. Esta disposición es coherente con lo establecido en el Acuerdo de Paz, el cual prevé que la JEP es un nuevo órgano de administración de justicia que ejerce sus funciones de manera autónoma y preferente. Sin embargo, el mismo Acuerdo contempla la importancia de garantizar la participación de las víctimas en los procesos penales que se sigan ante la JEP, adicional a la que ejercerán las organizaciones de derechos humanos y de víctimas. Por eso, sugerimos que el artículo transitorio 12 indique:

“El Procurador General de la Nación, por sí o por sus delegados y agentes, no interpondrá como sujeto procesal ni especial en los procesos que se sigan ante la Jurisdicción Especial para la Paz, sin perjuicio de que la ley le asigne funciones de representación de las víctimas”.

6. El PAL 2-3/2016 establece una serie de disposiciones de **tratamiento diferenciado para los agentes del Estado**, lo consideramos razonable pues apunta a darle un cierre global al conflicto y se condiciona en la medida en que exista contribución a verdad, reparación y no repetición. Sin embargo, el PAL 2-3/2016 va más allá de lo establecido en el Acuerdo de Paz e introduce una serie de diferenciaciones injustificadas que requieren ajustes de fondo.

7. El PAL 2-3/2016 establece **unas condiciones distintas para la calificación jurídica que la JEP hará en casos de agentes de Estado, respecto de aquella que esa jurisdicción hará en los casos de los otros responsables de crímenes de su competencia** (artículos 5 transitorio, que reglamenta el funcionamiento general de la JEP, y 21 transitorio, que aplica para el tratamiento especial de agentes de Estado). Las diferencias están en que, como regla general, la calificación jurídica de la JEP se basará, entre otras fuentes, en el Código Penal colombiano y el DPI, pero, como regla específica para los agentes de Estado, dicha calificación jurídica se fundamentará, entre otras, en el Código penal colombiano “vigente al momento de la comisión del hecho” y omite la referencia al DPI.



Comisión Colombiana de Juristas, MOE, Universidad de los Andes, Facultad de Ciencias.

No existe justificación para que la calificación jurídica de conductas cometidas por agentes de Estado no deba sujetarse al DPI, cuando Colombia ha reconocido la jurisdicción complementaria de la Corte Penal Internacional (CPI), en los términos del Estatuto de Roma, la cual aplica a todos los responsables de cometer crímenes internacionales. En la práctica, ese tratamiento injustificado significa que, por ejemplo, la calificación jurídica de crímenes de lesa humanidad cometidos por agentes de Estado no tenga en cuenta los criterios de sistematicidad y generalidad, que están consagrados en el Estatuto de Roma, los cuales serían objeto de revisión por la CPI para decidir si Colombia cumplió con su deber de investigar, juzgar y sancionar. Tampoco hay razones que justifiquen la calificación jurídica respecto a los agentes de Estado se base en el Código Penal colombiano vigente al momento de la comisión del hecho. De esa forma, no podría imputarse responsabilidad penal a responsables de determinados crímenes si, al momento de ocurrir los hechos, aquellos no se encontraban calificados como tales en la legislación interna, a pesar de que el Estado colombiano tuviera la obligación de evitar y sancionar dichos crímenes, según el DIDH y el DIH. Este es el caso, por ejemplo, de los crímenes de genocidio o de desaparición forzada. Esta disposición no sólo desconoce las obligaciones internacionales del Estado colombiano, sino que también genera un riesgo de seguridad jurídica para los miembros de la Fuerza Pública.

8. El PAL 2-3/2016 fija dos estándares distintos para determinar cuándo una conducta tiene nexo con el conflicto armado, a efectos de determinar la competencia de la JEP. Mientras que el artículo 5 transitorio establece la competencia de la JEP sobre "conductas cometidas por causa, con ocasión y en relación directa o indirecta con el conflicto armado, por quienes participaron en el mismo"; el artículo 22 transitorio, que regula la competencia de la JEP frente a agentes de Estado, agrega otros "criterios" que amplían la noción de conducta conexas con el conflicto armado. De esa forma, se extiende el ámbito de competencia de la JEP para casos de agentes de Estado, lo que rompe los principios de universalidad e integralidad en los que se basa el sistema. Este punto, entonces, requiere ajustes para que se unifiquen los criterios que permiten determinar si un delito tiene nexo con el conflicto armado y, por consiguiente, si es competencia de la JEP.

9. El artículo 17 transitorio del proyecto señala que "el Estado garantizará el derecho a la reparación a las víctimas de graves violaciones a los derechos humanos e infracciones al Derecho Internacional Humanitario que hayan

1 Por ejemplo, el artículo 22 transitorio incluye dentro de la competencia de la JEP los delitos cometidos por agentes de Estado, en los que estallara ánimo de obtener enriquecimiento personal, sin que este fuera determinante de la conducta; o aquellos que fueron cometidos, gracias a que el perpetrador adquirió mayores habilidades para cometerlos, por razón de conflicto armado.

Logo: fch, Dejusticia, Instituto for Integrated Transitions.

Comisión Colombiana de Juristas, MOE, Universidad de los Andes, Facultad de Ciencias.

sufrido daños, individual o colectivamente con ocasión del conflicto armado." Pero, según las obligaciones nacionales e internacionales del Estado colombiano, quien causa un daño está obligado a repararlo. Es por ello que el Acuerdo Final incluye obligaciones de contribución tanto a la reparación material, a través de la entrega de bienes o valores, como a la reparación de las comunidades. Por consiguiente, el artículo 17 transitorio debería retomar ese principio general del Acuerdo Final y señalar que quienes hayan causado daños deberán "contribuir a la reparación material de las víctimas y, en general, a su reparación integral".

En el mismo sentido, se debería modificar el artículo 25 transitorio, el cual excluye el deber de contribuir a la reparación monetaria para miembros de la Fuerza Pública. Esa disposición viola el derecho de las víctimas a contar con un recurso judicial efectivo para obtener reparación integral por vía judicial (artículos 229 de la Constitución y 2, 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que hacen parte del bloque de constitucionalidad). Dicho artículo debería garantizar que los miembros de la Fuerza Pública, que hayan cometido conductas punibles por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado interno, también deben contribuir a la reparación monetaria, por supuesto, siempre que tengan los recursos para hacerlo.

10. La adecuada aplicación de la responsabilidad del mando, tanto frente a la guerrilla como frente a agentes estatales, es fundamental no sólo para evitar la impunidad de quienes incurrieron en esta responsabilidad, sino además para dar solidez jurídica al proceso de paz, debido a las obligaciones que tiene Colombia frente al derecho internacional. El incumplimiento de esos deberes pondría en riesgo la seguridad jurídica de quienes participaron de manera directa e indirecta en el conflicto armado. A pesar de ello, este asunto no está siendo adecuadamente tratado por el artículo 23 transitorio del PAL 2-3/2016. Este proyecto sólo prevé explícitamente la responsabilidad del mando frente a agentes estatales, lo cual ha permitido que algunos argumenten que ésta no se aplicaría a la guerrilla. Sin embargo, el Acuerdo Final prevé también la responsabilidad de mando de los jefes guerrilleros, por lo que éstos no pueden excluirse de la aplicación de esta figura. Con todo, para evitar esas suspicacias, la reforma debería incorporar este punto.

Adicionalmente, la regulación establecida frente a agentes estatales contraviene el derecho internacional. El artículo 23 transitorio entiende que solamente existe mando y control efectivo, si hay una relación de subordinación, jurídica y de facto, entre el superior y quien cometió la conducta. Así se desprende del aparte que señala: "[E]l entenderá que existe mando y control efectivo del superior militar o policial sobre los actos de sus subordinados, cuando se demuestren las siguientes condiciones

Logo: fch, Dejusticia, Instituto for Integrated Transitions.

Comisión Colombiana de Juristas, MOE, Universidad de los Andes, Facultad de Ciencias.

CONCURRENCIAS: En la práctica, esa exigencia limitaría gravemente las posibilidades de imputar responsabilidad del mando. Además, es incompatible con la doctrina uniforme establecida por los tribunales internacionales y, en especial, por la Corte Penal Internacional que, en la reciente sentencia en el caso Bemba, reiteró que si existe o no mando efectivo es un asunto que se determina probatoriamente, estableciendo si el superior podía o no prevenir la atrocidad cometida por sus subordinados. Y que si bien existen criterios que pueden y deben ser tomados en cuenta para determinar si hay o no mando efectivo, los cuales pueden ser semejantes a los establecidos en el artículo 23 transitorio, dichos criterios son puramente indicativos y, en ningún caso, pueden imponerse como criterios obligatorios. Por eso, sugerimos que se modifique esa parte de la norma, así:

"Los magistrados de la JEP determinarán, conforme al derecho internacional, si existe mando y control efectivo del superior militar o policial sobre los actos de sus subordinados, para lo cual podrán tener en cuenta, entre otros, los siguientes criterios".

En relación con el conocimiento, el artículo 23 transitorio parece excluir el "conocimiento inferido", que incluye tanto el estándar establecido en el Protocolo I a los Convenios de Ginebra como el derecho penal consuetudinario, en donde se habla de que el superior tuviera elementos para conocer de las atrocidades de sus subordinados; o el estándar de conocimiento presunto señalado por el artículo 28 del estatuto de Roma. En efecto, el artículo transitorio 23 establece que "[l]a responsabilidad de los miembros de la Fuerza Pública por los actos de sus subordinados deberá fundarse en (...) el conocimiento basado en la información a su disposición antes, durante, o después de la realización de la respectiva conducta".

Esa redacción sugiere que debe probarse el conocimiento efectivo del superior y que nunca puede imputarse responsabilidad con base en un conocimiento inferido. Pero esa exigencia es contraria al Derecho Penal Internacional y al Derecho Internacional Humanitario, según los cuales el superior también responde cuando se le prueba, dadas las circunstancias y la información que tenía, tenía razones para saber o debía haber sabido que sus subordinados cometerían los crímenes. Por ello, sugerimos que la redacción incorpore que el superior también responde en caso de que le prueben conocimiento inferido. Por supuesto, esa posibilidad también debería aplicarse en el caso de responsabilidad del superior de comandantes guerrilleros. Una posible redacción, que recoge el estándar establecido por el derecho internacional humanitario en el artículo 86 del Protocolo I a los Convenios de Ginebra, podría ser la siguiente, en relación con miembros de la Fuerza Pública:

En ningún caso la responsabilidad del mando podrá ser objetiva ni fundarse exclusivamente en el rango, la jerarquía o el ámbito de jurisdicción.

Logo: fch, Dejusticia, Instituto for Integrated Transitions.

Comisión Colombiana de Juristas, MOE, Universidad de los Andes, Facultad de Ciencias.

La responsabilidad de los miembros de la Fuerza Pública por los actos de sus subordinados deberá fundarse en el control efectivo de la respectiva conducta, en el conocimiento basado en la información a su disposición antes, durante, o después de la realización de la respectiva conducta, así como en los medios a su alcance para prevenir que se cometa o se siga cometiendo la conducta punible, siempre y cuando las condiciones fácticas lo permitan, y de haber ocurrido, promover las investigaciones procedentes. También se entenderá que existe conocimiento basado en la información disponible cuando el superior sabía o poseía información que le permitiera concluir, en las circunstancias del momento, que el subordinado estaba cometiendo o iba a cometer tal infracción.

Y en relación con la guerrilla, la redacción sobre este punto podría ser entonces la siguiente:

La responsabilidad de los mandos de las FARC-EP por los actos de sus subordinados deberá fundarse en el control efectivo de la respectiva conducta, en el conocimiento basado en la información a su disposición antes, durante, o después de la realización de la respectiva conducta, así como en los medios a su alcance para prevenir que se cometa o se siga cometiendo la conducta punible, siempre y cuando las condiciones fácticas lo permitan, y de haber ocurrido, promover las investigaciones procedentes. También se entenderá que existe conocimiento basado en la información disponible cuando el superior sabía o poseía información que le permitiera concluir, en las circunstancias del momento, que el subordinado estaba cometiendo o iba a cometer tal infracción.

Finalmente, el artículo 23 transitorio sobre miembros de la Fuerza Pública restringe, injustificadamente, las fuentes normativas con base en las cuales la JEP determinará la responsabilidad del mando. Según esa norma, esos casos se resolverán con base en "el Código Penal colombiano, el Derecho Internacional Humanitario como ley especial, y las reglas operacionales de la Fuerza Pública en relación con el DIH siempre que ellas no sean contrarias a la normatividad legal". El artículo excluye entonces el DPI y el DIH como fuente normativa para estos casos. No obstante, no existe razón alguna para excluir esos ordenamientos internacionales cuando se resuelven asuntos relacionados con la responsabilidad del mando. Esta figura ha sido desarrollada por el DPI consuetudinario y por el Estatuto de Roma, por lo que ese ordenamiento resulta aplicable en este tipo de casos. Tampoco existe justificación para excluir el DIH como fuente normativa. El artículo 23 parece acoger aquella interpretación según la cual el DIH, como ley especial de los conflictos armados, deroga al DIH, por ser ley general que aplica a situaciones de normalidad. Pero este entendimiento del DIH ha sido rechazado en el ámbito internacional y nacional. Recientemente, la Corte Constitucional recordó que, por el principio de complementariedad y convergencia, el

Logo: fch, Dejusticia, Instituto for Integrated Transitions.

Comisión Colombiana de Juristas, MOE, Universidad de los Andes, Facultad de Ciencias.

DIDH y el DIH "deben ser aplicados y reconocidos de manera concurrente en aquellos eventos de conflicto armado -internacional, o no internacional-, pues a pesar que puedan ser considerados como dos sistemas normativos independientes y autónomos, se encuentran en íntima relación e interacción" (C-084 de 2016). Proponemos, entonces, que el artículo 23 transitorio mencione explícitamente el DPI y al DIH.

Firman

Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad -Dejusticia.	Camilo Borrero García - Profesor Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, Universidad Nacional de Colombia.
Comisión Colombiana de Juristas -CCJ.	Catalina Botero Marino -Decana Facultad de Derecho, Universidad de Los Andes.
Fondo de Capital Humano para la Transición en Colombia del Instituto para las Transiciones Integrales.	Iván Orozco -Profesor de la Universidad de Los Andes.
Misión de Observación Electoral -MOE.	María Angélica Prada - Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas (CIJUS), Universidad de Los Andes.
Alejo Vargas - Director del Centro de Pensamiento y Seguimiento al Diálogo de Paz de la Universidad Nacional de Colombia.	Marco Romero -Director de la Consultoría para los Derechos Humanos y el Desplazamiento (CODHES)
Andrés Abel Rodríguez Villabona - Vicedecano académico de la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional de Colombia.	Rene Uruña -Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas (CIJUS), Universidad de Los Andes.
Camila De Gamboa -Centro de Estudios Interdisciplinarios sobre Paz y Conflicto de la Universidad del Rosario.	

Logo: fch, Dejusticia, Instituto for Integrated Transitions.

Los originales de esta Gaceta reposan en la Secretaría del Senado par asu consulta

Siendo las 3:15 p. m., la Presidencia da por terminada la Audiencia Pública.

Presidente,
H.S. Carlos Fernando Motoso Solarte

Vicepresidente,
H.S. Armando Benedetti Villaneda

Secretario General,
Guillermo León Giraldo Gil