LA JEP VISTA POR SUS JUECES (2022-2023)





JEP | JURISDICCIÓN ESPECIAL PARA LA PAZ

KONRAD ADENAUER STIFTUNG

Programa Estado de Derecho Latinoamérica

Schweizerische Eidgenossenschaft
Confédération suisse
Confederazione Svizzera
Confederaziun svizra

Departamento Federal de Asuntos Exteriores DFAE
Secretaría de Estado
Paz y Derechos Humanos

LA JEP VISTA POR SUS JUECES

(2022-2023)

A la memoria de
Heydi Patricia Baldosea Perea



Además de su responsabilidad, compromiso, inteligencia y promoción de los derechos étnicos, quizá lo que mejor definía a la magistrada Heydi en la JEP era su capacidad de concertación para tomar decisiones colectivas en la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas, a la que perteneció, y su liderazgo para orientar la metodología de la ruta no sancionatoria y restaurativa que debe conducir a resolver la situación jurídica de miles de comparecientes que no son máximos responsables de graves crímenes.

Los colegas de magistratura de la JEP echaremos de menos su alegría desbordante, su desparpajo para expresar sus opiniones siempre acertadas, su calidez y sensibilidad.

"Uno de los aspectos más significativos, en lo personal, ha sido unir este paradigma restaurativo a mi realidad social. Lo que representa para las víctimas y las comunidades, para las niñas negras, que una magistrada negra vaya a recibir un informe, esto cambia la perspectiva y el acercamiento de la justicia en las comunidades y en los territorios".

LA JEP VISTA POR SUS JUECES

(2022-2023)



JEP | JURISDICCIÓN ESPECIAL PARA LA PAZ

KONRAD ADENAUER STIFTUNG

Programa Estado de Derecho Latinoamérica

Schweizerische Eidgenossenschaft
Confédération suisse
Confederazione Svizzera
Confederaziun svizra

Departamento Federal de Asuntos Exteriores DFAE
Secretaría de Estado SEE-DFAE
Paz y Derechos Humanos

ISBN: 978-628-95246-4-2
Primera edición
Bogotá, septiembre de 2024

Presidente de la JEP
ROBERTO CARLOS VIDAL

Editor y coordinador académico
DANILO ROJAS BETANCOURTH

© Jurisdicción Especial para la Paz
Carrera 7 # 63 - 44
Bogotá, Colombia
Tel. (57) (601) 7440041
info@jep.gov.co
www.jep.gov.co
Twitter: @JEP_Colombia
Facebook: www.facebook.com/ColombiaJEP/
Instagram: www.instagram.com/JEP_Colombia

Fotografía
JURISDICCIÓN ESPECIAL PARA LA PAZ, OFICINA DE COMUNICACIONES

Diseño básico
MARTHA ISABEL GÓMEZ

Coordinación de producción
MARTA ROJAS

Revisión de textos
MARÍA JOSÉ DÍAZ GRANADOS, EMMA ARIZA

Impresión
IMPRENTA NACIONAL DE COLOMBIA

Las opiniones contenidas en este libro no comprometen la posición institucional de la Jurisdicción Especial para la Paz.

Esta publicación se hizo con el respaldo del Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer, Bogotá, Colombia.

La impresión de esta publicación fue financiada con recursos del Departamento Federal de Asuntos Exteriores DFAE – División Paz y Derechos Humanos (DPDH). Las opiniones y contenidos de esta publicación son propiedad de sus autores, y no necesariamente reflejan la posición oficial del Gobierno suizo o de la Embajada de Suiza en Colombia.

CONTENIDO

Introducción
‹DANILO ROJAS BETANCOURTH› p. 7

Delimitar nuestro alcance es obrar con transparencia ante nuestra responsabilidad histórica e institucional
‹ROBERTO CARLOS VIDAL› p. 23

Siglas
p. 27



PARTE 1.
INVESTIGACIÓN MACROCRIMINAL EN LA JEP

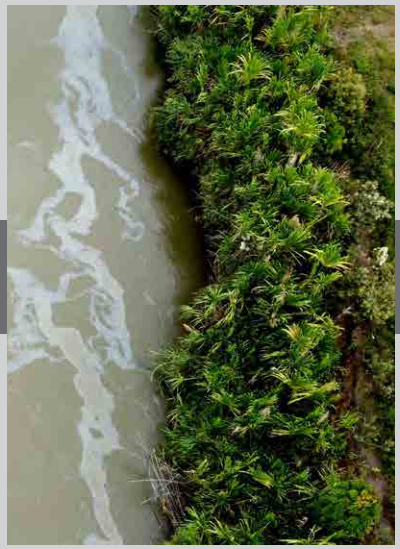
Aplicación de los métodos de las ciencias sociales a la investigación macrocriminal
‹JULIETA LEMAITRE RIPOLL›
‹GINA CABARCAS MACIÁ› p. 31

La investigación criminal en contexto en la Jurisdicción Especial para la Paz
‹ALEJANDRO RAMELLI ARTEAGA› p. 57

Verdad y reconocimiento en la JEP: el caso de la Fuerza Pública
‹CATALINA DÍAZ›
‹LINA MARÍA MORENO›
‹SANDRA MILENA SANTA› p. 83

Imputaciones asociadas a criminalidad de sistema en contextos de justicia transicional: debates a la luz del Caso 03 de la JEP
‹ÓSCAR PARRA VERA› p. 111

El impacto del pluralismo jurídico en la calificación jurídica de la JEP
‹BELKIS FLORENTINA IZQUIERDO TORRES/ATY SEIKUINDUWA›
‹ANA ELENA ABELLO JIMÉNEZ› p. 163



MODELO RESTAURATIVO Y MEDIO AMBIENTE

La Jurisdicción Especial para La Paz y el modelo restaurativo de justicia transicional
‹EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ› p. 195

Breves apuntes sobre la interacción entre la Justicia Especial Indígena y la Jurisdicción Especial para la Paz
‹JUAN JOSÉ CANTILLO PUSHAINA›
‹ANDREA LOZANO ALMARIO› p. 213

El daño ambiental en las decisiones de la JEP: una necesidad inminente
‹GLORIA AMPARO RODRÍGUEZ›
‹ANDREA MATEUS RUGELES› p. 225



PARTICIPACIÓN DE VÍCTIMAS, MEDIDAS CAUTELARES, AMNISTÍAS, RÉGIMEN DE CONDICIONALIDAD Y BALANCE JURISPRUDENCIAL EN LA JEP

Los daños contra la naturaleza y su reconocimiento como víctima en la Jurisdicción Especial para la Paz. Perspectiva desde los crímenes de guerra
‹RAÚL EDUARDO SÁNCHEZ SÁNCHEZ›
‹CARLOS FONSECA SÁNCHEZ› p. 253

Participación efectiva de las víctimas: interacción en el SIDH, la CPI y la JEP
‹JUAN RAMÓN MARTÍNEZ VARGAS› p. 291

El entorno constitucional en que se desarrollan figuras como las medidas cautelares en la justicia transicional
‹REINERE DE LOS ÁNGELES JARAMILLO CHAVERRA› p. 333

Entre la amnistía y el castigo: estudio sobre la aplicación de la renuncia condicional a la persecución penal por crímenes graves en la Jurisdicción Especial para la Paz de Colombia
‹MAURICIO GARCÍA CADENA›
‹ANDRÉS CONTRERAS FONSECA›
‹NICOLÁS RAMOS CALDERÓN› p. 355

La competencia personal en la Jurisdicción Especial para la Paz. Evolución de las reglas para aceptar sometimiento
‹PEDRO ELÍAS DÍAZ ROMERO›
‹CAMILO ALFREDO LÓPEZ DELGADO› p. 379

Competencias de la Sala de Amnistía o Indulto: resultados y desafíos
‹MARCELA GIRALDO MUÑOZ›
‹CRISTIAN F. VARELA FITZGERALD› p. 397

El trámite de incidentes de incumplimiento del régimen de condicionalidad en la Sala de Amnistía o Indulto
‹ALEXANDRA SANDOVAL MANTILLA›
‹ANDREA MOLANO ARAQUE› p. 429

El caso Santrich: un entrampamiento a la paz
‹CATERINA HEYCK PUYANA› p. 461

El reto conceptual en la Jurisdicción Especial para la Paz. La evolución de la jurisprudencia de la Sección de Apelación del Tribunal para la Paz (junio de 2021-mayo de 2023)
‹DANILO ROJAS BETANCOURTH p. 515

PARTE 2.
INVITADOS ESPECIALES

Una lectura de las audiencias de reconocimiento: más allá de los incentivos racionales
‹MARÍA EMMA WILLS OBREGÓN› p. 573



Notas para una reconstrucción epistemológica del principio dialógico-discursivo como fundamento de la Jurisdicción Especial para la Paz
‹ÓSCAR MEJÍA QUINTANA› p. 605

Jurisdicción Especial para la Paz, Colombia: fundamento normativo y jurídico, internacional y nacional, de las rutas no sancionatorias y de las decisiones judiciales que resuelven de manera definitiva la situación jurídica de los comparecientes ante la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas*
‹CARLOS CASTRESANA FERNÁNDEZ› p. 633

Los autores
p. 667

INTRODUCCIÓN

Este periodo de actividad de la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP) estuvo marcado al menos por seis acontecimientos relevantes: i) la apertura del último macrocaso con el que la JEP dio cierre a este tipo de metodología de investigación criminal; ii) la inconstitucionalidad decretada por la Corte Constitucional a la norma que en la JEP regula el procedimiento de tutela, lo que empoderó a la Sección de Apelación (SA) y, en particular, fortaleció las sentencias interpretativas (Senit) que allí se producen; iii) la incorporación de normas en el Plan Nacional de Desarrollo (PND), clave para la gestión del sistema restaurativo que orienta la JEP; iv) la ampliación del monitoreo y la verificación de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) de las sanciones propias; v) la nueva visita del fiscal de la Corte Penal Internacional (CPI) a la JEP, y vi) las amenazas a magistrados, víctimas y comparecientes en la JEP.

El último macrocaso. Como se recordará, la primera ronda de macrocasos se centró en tipos de delitos y zonas territoriales priorizadas, teniendo en cuenta el mapa político. Así, los casos 1, 3, 6 y 7 concentran su atención en delitos específicos: secuestros, falsos positivos, asesinatos a miembros de la Unión Patriótica (UP) y reclutamiento forzado; mientras que los casos 2, 4 y 5 priorizaron algunas zonas del país en Nariño, Urabá, Cauca y Valle del Cauca. La segunda ronda, en cambio, tuvo mayormente en cuenta actores del conflicto, lo que le permitía a la JEP cerrar el número de casos por iniciar, dada su temporal existencia. Los casos 8 y 10 tienen la vocación de comprender los actores del conflicto: el 8 (abierto el 30 de agosto de 2022) investiga crímenes atribuidos a la Fuerza Pública, a otros agentes de Estado y crímenes en asocio con grupos paramilitares o terceros civiles; y el 10 (abierto el 11 de julio de 2022) hace lo propio con los crímenes no amnistiables cometidos por miembros de las extintas FARC-EP. El Caso 9 centró su atención en los pueblos y territorios étnicos como víctimas del conflicto armado (abierto el 7 de septiembre de 2022).

Un año después, el 6 de septiembre de 2023, la JEP avocó conocimiento del que será su último macrocaso, para investigar en particular la "violencia basada en género, violencia sexual, violencia reproductiva y otros crímenes cometidos por prejuicio basados en la orientación sexual, la expresión y/o identidad de género diversa en el marco del conflicto armado colombiano". La Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas (SRVRDH) ya había constatado la ocurrencia de violencia sexual y basada en género en los macrocasos 1, 2, 4, 5 y 7, pero la insistencia de las víctimas,

de la Procuraduría General de la Nación, incluso de la Comisión de Género de la JEP, y la presión de organizaciones sociales e instituciones nacionales e internacionales, terminó convenciendo a la sala para que se abriera un macrocaso especial.

Con este conjunto de casos, la JEP espera cumplir su misión de impartir justicia restaurativa, especialmente respecto de los máximos responsables de los crímenes más graves cometidos durante el conflicto armado colombiano.

La inconstitucionalidad decretada por la Corte Constitucional. El 20 de abril de 2023, la Corte declaró inexequible el inciso 1 del artículo 58 de la Ley 1922, que otorgaba competencia a las secciones de primera instancia del Tribunal para la Paz –tanto a la Sección con Reconocimiento de Verdad y de Responsabilidad de los Hechos y Conductas (SecRVR), como a la Sección de Ausencia de Reconocimiento de Verdad y de Responsabilidad de los Hechos y Conductas (SAR)– para conocer en primera y segunda instancia las tutelas interpuestas contra la Sección de Revisión (SR), cuando la Sección de Apelación (SA) estuviese impedida.[1] La Corte recordó que, según las normas constitucionales transitorias que desarrollaron el Acuerdo Final de Paz (AFP), las únicas competentes para conocer de acciones de tutela que involucren a la JEP son las secciones de Revisión y Apelación. Allí, la Corte igualmente afirmó que las sentencias interpretativas (Senit) de la SA, no pueden ser objeto de acción de tutela, dado su carácter general y abstracto.

La pregunta que quedó pendiente en ese momento estaba relacionada con quién era el competente para resolver las acciones de tutela contra providencias de la SA que no fueran Senit, o sea, la casi totalidad de sus decisiones que tocan derechos fundamentales concretos, pues, en su sentencia, la Corte indicó la posibilidad de recurrir al reglamento de la JEP –lo que permitiría adelantar trámites a través de conjueces, tal como se indicó en la Senit 6–, situación aclarada en sentencia posterior, cuando la Corte precisó que las decisiones de la SA objeto de acción de tutela serían tramitadas por la SR en primera instancia, y por la misma SA en segunda instancia, sin perjuicio de la revisión constitucional que pueda hacer la Corte, por supuesto.[2] La Corte estimó que el trámite de tutelas acordado para la JEP tenía características especiales y un régimen autocontenido que así lo permitían, sin violar la Constitución: "El Constituyente derivado asumió un régimen procedimental especial en materia de tutela que establece que las secciones de revisión y apelación conozcan de estos procesos, incluso contra decisiones en las que ellas mismas hayan participado, sin que existan impedimentos 'automáticos' que las despojen, sin razón suficiente, de

1 Corte Constitucional, Sentencia C-111 de 2023, M. P. Alejandro Linares Cantillo.

2 Corte Constitucional, Sentencia SU-388 de 2023, M. P. Alejandro Linares Cantillo.

la competencia atribuida por una norma superior". Una verdadera novedad institucional en materia de tutela.

Las dudas hermenéuticas que pudieran persistir fueron esclarecidas por la SA al señalar que, en efecto, la mejor comprensión de la doctrina de la Corte se obtenía juntando las dos providencias allí proferidas, para concluir que, dado el arreglo institucional especial convenido para la acción de tutela en la JEP, es admisible constitucionalmente que la SA conozca en segunda instancia de las decisiones de tutela proferidas en primera instancia en contra de sus providencias:

> En consideración a lo señalado por la Corte Constitucional en las sentencias C-111 de 2023 y SU-388 de 2023, es claro que cuando, en sede de tutela, se impugnan decisiones relacionadas con providencias transicionales de la SA, como órgano de cierre de la JEP, o constitucionales, es la misma Sección la que conserva la competencia para decidir, en segunda instancia, y, por tanto, debe asumir ese trámite en cumplimiento del mandato normativo reseñado en esta sentencia interpretativa (Senit 6 complementaria).

Las normas clave del Plan Nacional de Desarrollo (PND). La misión más importante de la JEP es la imposición de sanciones propias a los distintos comparecientes –exguerrilleros de las FARC-EP, miembros de la Fuerza Pública, otros agentes del Estado y terceros–. Como este tipo de sanciones son esencialmente restaurativas, se necesitan unas condiciones institucionales especiales que faciliten su aplicación efectiva. La gestión oportuna, pertinente y eficaz de la JEP ante el Gobierno nacional y el Congreso aseguraron la inclusión de algunas normas en el PND –Ley 2294 de 2023, o guía estratégica de la administración del presidente Gustavo Petro–, que fortalecen la plataforma legal para asegurar el cumplimiento de las sanciones propias, e incluso de las condiciones que deberán cumplir quienes reciban otro tipo de beneficios no sancionatorios. Así, en el artículo 204 se indicó que "el Gobierno nacional, a través de sus entidades, adecuará y ofrecerá planes, programas o proyectos, y proveerá las condiciones institucionales necesarias para la implementación de las sanciones propias y medidas de contribución a la reparación que imponga la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP), en el marco de su autonomía". Y a continuación se creó la Instancia de Articulación entre el Gobierno nacional y la JEP "como espacio de coordinación para facilitar el cumplimiento y seguimiento de las medidas de contribución a la reparación en cabeza de los comparecientes ante la JEP y las sanciones propias, siempre en respeto de las funciones judiciales de la magistratura para su imposición" (art. 205), instancia instalada en agosto 18 de 2023. Estas normas deben igualmente contribuir al trabajo que deba hacerse en los territorios, pues facilitan, por principio de irradiación, la inclusión de disposiciones semejantes en los planes locales de desarrollo.

Monitoreo y verificación de la ONU. El más reciente apoyo de la ONU al proceso de paz colombiano y, en particular, al componente de justicia del AFP, se expresó en la inclusión de las sanciones propias como parte del monitoreo y seguimiento que realiza la Misión de Verificación de las Naciones Unidas en Colombia, establecida por Resolución 2366 de 2017 del Consejo de Seguridad. A nombre de las partes firmantes, en enero de 2021, el gobierno colombiano –presidente Iván Duque– hizo tal petición al Consejo de Seguridad de la ONU, que fue tramitada por el secretario general António Guterres en carta dirigida a la presidenta del Consejo de Seguridad en febrero del mismo año. El 11 de mayo siguiente, el Consejo de Seguridad decidió aceptar la solicitud hecha y adicionó como función de la Misión, "verificar que las personas sancionadas cumplen las sanciones y que las autoridades estatales colombianas establecen las condiciones necesarias para ello".[3] Se dio así un importante espaldarazo al principal trabajo que tiene la JEP: la imposición y ejecución de las sanciones propias del sistema.

La nueva visita del fiscal de la CPI a la JEP. El fiscal Karim Khan firmó con la JEP un plan de cooperación que permite mantener un enlace permanente en La Haya y en Bogotá, para facilitar mutuamente ayuda técnica y para contribuir, en el marco de la complementariedad positiva, al crecimiento del derecho internacional público, en particular el derecho penal internacional. El fiscal Khan enteró a la prensa del establecimiento de "un fondo para apoyar países en transición para que envíen personal a la oficina para que podamos aprender de ellos, para que también puedan participar en la justicia penal internacional en la CPI, y también podamos aprender de ellos". Ejemplificó la ayuda técnica específica a la JEP y la que se esperaría de ella en la CPI, así:

> Si hay problemas técnicos, por ejemplo, sobre la investigación de violencia de género, que no se ha investigado tanto a nivel internacional, nosotros hemos sido pioneros con un documento que lanzamos en diciembre pasado, con el que estamos tratando de ayudar a capacitar a la JEP para que se aplique de manera más efectiva. Esa es un área donde creo que puede haber mejoras aquí, y también conducirá a mejoras en la oficina, en La Haya, porque este es un problema en todo el mundo en el que no hemos investigado suficientemente o no hemos entendido completamente los diversos tipos de discriminación intersecados que sustentan la persecución de género.[4]

Además del apoyo técnico expresado por el fiscal Khan, su visita a la JEP es de una enorme importancia política, pues ratifica la confianza depositada en esta nueva institución judicial, que en buena parte contribuyó a que se cerrara la investigación del caso colombiano, luego de 17 años de seguimiento por parte de la Fiscalía de la CPI.

---

[3] Consejo de Seguridad, Resolución 2574 de 2021.

[4] Entrevista de María Isabel Ortiz Fonseca con Karim Khan. *El Tiempo*, "Aún queda mucho trabajo para construir paz y justicia: fiscal CPI", 2023, p. 26.

Las amenazas a magistrados de la JEP. El trabajo realizado por la JEP en los territorios, tanto en los macrocasos como con ocasión de medidas cautelares, ha permitido hallazgos importantes de desaparecidos en distintos cementerios del país, lo que trajo amenazas de muerte a comparecientes y magistrados a cargo de esas investigaciones. Concretamente, el 6 de mayo de 2023, el magistrado Alejandro Ramelli, su magistrado auxiliar Hugo Escobar y el compareciente en el Caso 3 –en el que se investigan asesinatos de personas presentadas como bajas en combate (falsos positivos)–, Levis Contreras, fueron amenazados de muerte. En la denuncia penal presentada, Ramelli señaló que los responsables serían "los implicados en el caso de Dabeiba, Antioquia, que son militares que están vinculados en el caso y van desde soldados hasta coroneles". Estas amenazas concretas –solo he indicado un ejemplo–, sumadas a la constante presión política y de un sector social que no ha acompañado el proceso de paz que culminó con la firma del AFP pactado en La Habana, por supuesto no han sido obstáculo para que la JEP continúe cumpliendo sus deberes.

Este es, esencialmente, el escenario en el que se ha producido el material que hace parte de este tercer volumen, donde los responsables de sacar adelante la misión de la JEP plasman su propia visión de los resultados hasta ahora alcanzados. En esta etapa de consolidación institucional de la JEP se muestran fundamentalmente tres cosas: i) los debates hermenéuticos y dogmáticos que se han ido generando con ocasión de la aplicación de una normatividad transicional nueva, tanto en los macrocasos abiertos como en los trámites y decisión de beneficios individualmente analizados; ii) los avances efectivos que cada una de las salas y secciones viene realizando, pero también su contribución al funcionamiento del sistema restaurativo por el que se apuesta; y iii) los retos que ello ha implicado en un escenario político y temporal que cada vez se cierne más fuertemente sobre la misión de la JEP.

El presidente de la JEP, Roberto Vidal, recuerda el impulso dado en su gestión a cuatro componentes: i) la construcción del Plan Estratégico Cuatrienal (PEC); ii) una reingeniería institucional acorde con los retos de la JEP; iii) la puesta en marcha del sistema restaurativo, y iv) el posicionamiento de la JEP en el sistema de justicia nacional e internacional. Sobre el primero, indicó que reconocer las limitaciones temporales permite concentrar los esfuerzos a efectos de que el 2028 sea el año límite para el ejercicio de la acción penal y 2025 sea el año trascendental para remitir los procesos a la Unidad de Investigación y Acusación (UIA). En relación con el segundo, resaltó que en función de las limitaciones temporales se recalcularon las capacidades humanas, técnicas y financieras de la JEP, lo que a la postre llevó a una ampliación de la planta de personal, a una reorganización del funcionamiento de la Secretaría Ejecutiva de la JEP (Sejep) y a la selección expedita de 36 magistrados auxiliares itinerantes. Respecto del tercero, recordó que el sistema restaurativo es un conjunto de

autoridades, procedimientos y medidas que tiene como objeto visibilizar y garantizar el cumplimiento de las medidas restaurativas sancionatorias y no sancionatorias proferidas por la JEP, cuyo impulso para su consolidación ha girado en torno a tres ejes de acción: la construcción de una estructura institucional interna al efecto, la activación de la instancia de articulación JEP-Gobierno nacional y la estructuración de proyectos restaurativos exploratorios con recursos de cooperación internacional. Por último, enfatizó en la importancia de impulsar conversaciones que permitan materializar un sistema de justicia transicional integral y señaló los relacionamientos a nivel interno con la suscripción de acuerdos interadministrativos para garantizar el intercambio de información y la estructuración de trabajos, obras y acciones con contenido restaurativo y reparador (TOAR) y las sanciones propias.

Julieta Lemaitre y Gina Cabarcas describen los aportes de las ciencias sociales a la investigación criminal en la justicia transicional en Colombia y al análisis de contexto a través de la elaboración de planes de pruebas y la adopción de métodos cuantitativos y cualitativos como herramientas de investigación macrocriminal. El reto de abrir macrocasos en la JEP comportó una metodología con apoyo en las ciencias sociales, es decir, distinta a la propia del caso a caso.

> Para describir esta metodología –señalan las autoras–, es necesario explicar lo que aportan las ciencias sociales a la investigación macrocriminal, empezando por qué son las ciencias sociales, y en lo que se diferencian de las ciencias naturales sobre las cuales se construyen las ciencias forenses tradicionales. A diferencia de las ciencias naturales, que se enfocan en los fenómenos naturales, incluyendo el cuerpo humano (química, física, medicina), las ciencias sociales estudian a los grupos sociales y la forma como se organizan y actúan, incluyendo por supuesto las organizaciones criminales.

El capítulo también señala las limitaciones de estos métodos, y sus críticas, como aquellas que provienen de la falta de un análisis crítico de las fuentes, la insatisfacción de las víctimas cuando no se esclarecen sus hechos particulares, o el estándar de prueba –construido históricamente para el "hecho a hecho" como más allá de toda duda razonable–, pues puede entrar en tensión con las conclusiones sobre fenómenos y tendencias.

Alejandro Ramelli también reflexiona sobre el análisis de contexto. En su trabajo muestra cómo la JEP ha edificado sobre lo construido en relación con las técnicas o metodologías de investigación para la judicialización de crímenes en contextos de macrocriminalidad y masividad. A partir de la experiencia de Justicia y Paz explica cómo se produjo el tránsito entre la técnica del "caso a caso" y la "investigación criminal en contexto", como una respuesta para hacerle frente a la impunidad y a fenómenos criminales complejos que exigían evitar la dispersión de actuaciones y procurar la concentración y efectivización de los recursos institucionales. Resalta, pues, la orientación de la Fiscalía

General de la Nación y los pronunciamientos de la magistratura de Justicia y Paz sobre el alcance, conceptos clave, elementos y finalidades del modelo de la "investigación criminal en contexto", así como sobre las herramientas de selección y priorización, la última con criterios (subjetivos y objetivos) y técnicas complementarias. Hace notar la apropiación y puesta en práctica en la JEP de esos conceptos, especialmente por parte de la SRVRDH en el desarrollo de los macrocasos. Afirma también que una distinción importante entre esas dos experiencias de justicia transicional radicaría en el entendimiento específico sobre los patrones macrocriminales: en Justicia y Paz comprendería los tipos penales particulares o un grupo de ellos, mientras que en la JEP incorporaría los múltiples delitos vinculados con los planes criminales identificados. Insiste de esta manera en que en la JEP resulta determinante establecer qué papel cumplió el compareciente en relación con el patrón macrocriminal.

Catalina Díaz, Lina María Moreno y Sandra Milena Santa, realizan un balance general de resultados en el marco de los cinco primeros macrocasos abiertos por la JEP: 149 máximos responsables –incluidos todos los miembros sobrevivientes del último secretariado de las antiguas FARC–EP, ocho generales y 24 coroneles del Ejército Nacional– han sido imputados penalmente por su participación en crímenes de guerra y de lesa humanidad; una tasa de reconocimiento de responsabilidad de 89%: 100% en el caso de las antiguas FARC-EP y 86% en el caso de la Fuerza Pública y otros agentes del Estado. Para responder a preguntas relativas a los factores claves del éxito de la investigación judicial en la JEP, la contribución a la verdad y el reconocimiento de responsabilidad penal individual de los comparecientes, las autoras explican cómo la SRVRDH entreteje los incentivos del arreglo legal de justicia transicional colombiano con una apuesta robusta por la justicia restaurativa en el proceso con reconocimiento en la JEP; describen y analizan la participación activa de las víctimas en el marco de las versiones voluntarias de los comparecientes, la audiencia pública de observaciones y la audiencia pública de reconocimiento de verdad y responsabilidad. Finalmente, incluyen una reflexión sobre el fenómeno comunicativo de las 6.402 víctimas de "falsos positivos" y la apropiación social de la verdad judicial, así como sobre el desafío de realinear el proceso judicial y el diálogo restaurativo de cara a la imposición de las sanciones propias.

Oscar Parra propone un análisis de la responsabilidad de forma tal que sea un reflejo lo más fiel posible de lo demostrado en el proceso y de las lógicas propias de los crímenes de sistema. Para ello, hace una exposición pormenorizada de las distintas alternativas en materia de imputación y su aplicación en el Caso 3 sobre asesinatos y desapariciones forzadas presentadas como bajas en combate, pasando por las distintas modalidades de la coautoría, la autoría mediata a través de aparatos organizados de poder y el modelo normativista de imputación. Concluye que ninguna de ellas por sí sola es suficiente para dar

cuenta de los fenómenos delictivos que pretenden explicar, por lo que invita a una aplicación flexible e, incluso, a reinterpretar estas figuras a efectos de que sirvan a los fines de la justicia transicional, esto es, a consolidar el enfoque más idóneo para garantizar el acceso a la justicia y el derecho a la verdad de las víctimas y de la sociedad colombiana.

Belkis Izquierdo y Ana Elena Abello explican el impacto del pluralismo jurídico como principio constitucional en la calificación jurídica propia realizada por la SRVRDH en el auto de determinación de hechos y conductas (ADHC) del Caso 2. Primero, se refieren al pluralismo jurídico y a la diversidad étnica como reconocimiento y materialización del derecho propio de los pueblos étnicos y, a su vez, de los sistemas jurídicos de América Latina, donde primaba el monismo jurídico. Luego, indican ejemplos concretos de la decisión de la SRVRDH donde se materializó este principio, puntualmente, en la calificación jurídica: al interpretar los elementos del crimen de lesa humanidad de exterminio, en la valoración de los derechos fundamentales colectivos en el crimen de lesa humanidad de persecución, al analizar la gravedad como elemento para configurar los crímenes de guerra, al tener en cuenta el informe técnico intercultural ambiental que incluyó también los daños graves, desde la comprensión de los sistemas de derecho propio, en la imputación del crimen de guerra de destrucción del medio ambiente, y al interpretar los elementos del crimen de guerra de destrucción de bienes culturales y lugares de culto.

Eduardo Cifuentes explora las características centrales de la justicia transicional y del modelo restaurativo de justicia transicional que se quiere aplicar en Colombia. Para ello, repasa los mecanismos, acercamientos y diálogos adelantados por el Gobierno con las FARC-EP que antecedieron la actual experiencia de justicia transicional, y expone las limitaciones de la justicia permanente para enfrentar la magnitud del conflicto armado interno extendido en el tiempo. Para el autor, la justicia transicional puede ser entendida como un dispositivo que contribuye a reducir la complejidad que el tema de justicia significó para los negociadores del AFP, al paso que la verdadera novedad radica en el modelo restaurativo acordado: una justicia penal dialogada, sobre todo en la primera fase del trámite, que se aplica por la JEP y concluye con sanciones restaurativas para los máximos responsables y renuncia a la acción penal o figuras semejantes para quienes no lo sean.

Juan Cantillo y Andrea Lozano abordan la importancia de superar la idea de una "duplicidad" entre la justicia transicional y la Jurisdicción Especial Indígena (JEI), partiendo de una comprensión plural de la justicia, en la que se entiende que el Estado no es el único actor legítimo en la producción de normas y reglas; por el contrario, el derecho de los pueblos indígenas puede contribuir al perfeccionamiento de las herramientas de la JEP, como lo demuestran los avances logrados en materia de implementación de mecanismos novedosos

de diálogo interjurisdiccional que permiten no solo una adecuada articulación, sino el empoderamiento efectivo tanto de los actores estatales tradicionales como de las comunidades locales y ancestrales, en pro de la construcción de una paz verdaderamente duradera para todos los grupos sociales y territorios. Para los autores, contrario a lo que sugiere la preocupación por la falta de eficacia en la que se traducirían los diálogos interjurisdiccionales, la realidad es que permiten materializar un modelo de justicia más cercano y plural, acorde con los principios de la JEP. Finalmente, se refieren los hitos en los que se hace necesario profundizar, a fin de reforzar la concepción pluralista de la justicia, de modo que los avances logrados en la JEP irradien la sociedad colombiana y contribuyan a la materialización de principios constitucionales.

Gloria Amparo Rodríguez y Andrea Mateus proponen la posibilidad de que se configuren crímenes de guerra cuando hay comportamientos que afectan bienes ambientales y territoriales. La cuestión es abordada, desde el punto de vista de la implementación del AFP, en el entendido de que este debe orientar las decisiones de la JEP, y bajo la premisa de que el medioambiente y los territorios –con pertinencia étnica y cultural– son bienes jurídicos objeto de pugnacidad y alteraciones en el marco de conflictos armados no internacionales (CANI). También llaman la atención sobre un informe de daños ambientales presentado ante la JEP en el mes de noviembre de 2023, de gran relevancia para los macrocasos 2 y 5 de la SRVRDH, en donde subrayan, a título de ejemplo, situaciones de victimización por el vertimiento de petróleo crudo en los territorios de comunidades y pueblos. El estudio resalta que el umbral de gravedad de este tipo de hechos, de acuerdo con la dogmática aplicable de derecho internacional, depende de la extensión y durabilidad de las consecuencias de las conductas sobre el territorio y el medioambiente. Allí se pone de presente la dificultad que se afrontará al valorar la juridicidad de acciones militares legítimas que, por su naturaleza táctica y estratégica, podrían causar consecuencias medioambientales, especialmente bajo los principios de distinción y proporcionalidad, según interpretaciones del Comité Internacional de la Cruz Roja.

En esa misma línea de reflexión está el escrito de Raúl Sánchez y Carlos Fonseca, quienes ponen de relieve los avances jurisprudenciales acerca del amparo de bienes jurídicos relacionados con el territorio y el medioambiente, especialmente lo hecho por la Corte Constitucional en defensa del río Atrato. Esos progresos han posibilitado la conceptualización de la Madre Tierra –terminología presente en el derecho de las comunidades indígenas–, y su relación con las dimensiones étnicas y culturales de ciertos grupos humanos y pueblos que, históricamente marginados y sometidos a situaciones especiales de victimización, consideran al territorio como el sujeto vivo que en realidad es. Tales aspectos posibilitan la conceptualización de crímenes internacionales ambientales y territoriales, de particular relevancia en las más recientes decisiones adoptadas

por la SRVRDH en los macrocasos 2 y 5. En estas providencias se han evaluado circunstancias como la instalación de campos minados, explotaciones mineras ilegales y cultivos ilícitos en zonas donde la guerrilla se constituyó en una "autoridad ambiental de facto" para la instauración de un patrón criminal relacionado con la afectación de la Madre Tierra. En la calificación jurídica de esos sucesos se refiere la importancia de recurrir a las fuentes normativas del derecho penal internacional y el derecho internacional humanitario, especialmente los principios de necesidad, proporcionalidad y distinción. De allí se extrae la regla general según la cual, en el marco de las confrontaciones bélicas, está prohibido el daño intencional o negligente del medioambiente, salvo que exista una necesidad militar insalvable o una imposibilidad de eludir consecuencias colaterales indeseables.

Juan Ramón Martínez examina los principales desafíos que supone la participación efectiva de las víctimas en la JEP, a partir de las experiencias judiciales de la CPI y del sistema interamericano de derechos humanos (SIDH), donde si bien el tema ha evolucionado significativamente, aún persisten cuestionamientos. Para ello analiza tres temas: la definición de víctima, la acreditación procesal y los derechos que de allí se derivan, y la reparación y el cumplimiento de las decisiones. Luego de describir el estado del arte de cada una de estas cuestiones en los sistemas judiciales tomados como referentes, y las preguntas y dificultades que en ellos se plantean, el autor detalla las líneas jurisprudenciales vigentes en la JEP, así como las buenas prácticas implementadas, lo que permite poner en perspectiva su labor y sopesar adecuadamente sus particularidades, los avances logrados y cómo sus desarrollos abren nuevos horizontes en los marcos conceptuales de los sistemas que le sirven de referencia. Al respecto destaca la concepción amplia del concepto de víctima que lleva a reconocer como tales partes de la geografía como el río Cauca y ciertos territorios ancestrales; las formas de participación que buscan garantizar su centralidad en la JEP, sin perder de vista la tensión que ello supone en escenarios de macrovictimización y, por último, la visión restaurativa que inspira a la JEP y el reconocimiento de que ella es tan solo uno de los componentes que contribuyen a la reparación integral, obligación que recae en cabeza del Estado.

Reinere Jaramillo relata la manera en que progresivamente los jueces transicionales han ido dotando de contenido constitucional la figura de las medidas cautelares, de modo que estas se han convertido en una herramienta adecuada y eficaz para promover el cumplimiento del AFP. Frente a una literalidad legal que, a primera vista, aparecía como de interpretación restringida, los principios del Estado social y democrático de derecho, de la colaboración armónica entre poderes públicos y de la justicia transicional inspiraron una hermenéutica que permitió, contra las autolimitaciones conceptuales iniciales, advertir que las medidas cautelares en la JEP tenían características propias y que constituían

un medio adecuado para exigir el conocimiento y la apropiación del AFP por parte de diferentes poderes públicos. Aplicadas inicialmente al contexto de la búsqueda de personas desaparecidas, el despliegue de medidas cautelares permitió darse cuenta de las serias deficiencias institucionales que existían en la materia, e impartir órdenes estructurales con miras a solventarlas, logrando importantes avances. Lo mismo ocurrió en relación con las medidas adoptadas frente a la grave situación de seguridad que enfrentan los firmantes del AFP, ámbito en el cual se han proferido múltiples órdenes tendientes a activar y fortalecer el funcionamiento del aparato institucional pactado. Todo ello a partir de un entendimiento integral del derecho a la seguridad personal, respaldado en fuentes recientes nacionales e internacionales.

Mauricio García, Andrés Contreras y Nicolás Ramos desarrollan una de las modalidades específicas del beneficio transicional definitivo de la renuncia condicionada a la persecución penal (RCPP), en particular el procedente para los partícipes no determinantes de los crímenes más graves y representativos que no fueron seleccionados para juzgamiento y sanción por parte de la SRVRDH. Con ese fin, señalan los estándares internacionales aplicables en materia de justicia y reparación respecto de las conductas especialmente graves, y las distinciones existentes entre un tratamiento definitivo no sancionatorio como la RCPP y otros mecanismos incondicionados como las amnistías y los indultos. A partir de ello concluyen que la RCPP es una figura jurídica viable en el marco de la justicia transicional en Colombia y que, en la JEP en particular, resulta procedente su concesión y mantenimiento si se hace bajo un régimen de condicionalidad estricto (RCE), que debe tener alto contenido restaurador y reparador, y ser objeto de verificación judicial exhaustiva. El texto también plantea los retos para la aplicación del beneficio de RCPP por parte de la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas (SDSJ), especialmente por la gran cantidad de comparecientes y asuntos a su cargo, y las limitaciones temporales y de capital humano para gestionarlos. Ello sin dejar de considerar la complejidad derivada, entre otros aspectos, de la inevitable ponderación entre los derechos y las expectativas de las víctimas, y las garantías de los comparecientes, máxime en un contexto en el que se exige celeridad, eficiencia y eficacia procesal, pero concurren restricciones presupuestales, competenciales y logísticas.

Pedro Díaz y Camilo López examinan la evolución de la jurisprudencia de la SA sobre el factor de competencia personal en la JEP. Su propósito central es describir y mostrar cómo las tesis afirmadas por el órgano de cierre hermenéutico de la Jurisdicción han impactado en el trámite de los asuntos a cargo de la SDSJ. Luego de hacer notar cómo en contextos de justicia transicional se relativizan los conceptos jurídicos –en principio rígidos– de "competencia", "legalidad" y "juez natural", se aborda lo que consideran los avances jurisprudenciales más importantes en relación con el presupuesto competencial de carácter

personal. Los autores reconocen y justifican el esfuerzo hermenéutico efectuado por la SA en este tema, no solo en consideración especial de la complejidad del conflicto, la garantía de los derechos de las víctimas y el cumplimiento de los objetivos y las finalidades de esta justicia transicional, sino también en vista de la normatividad internacional y de los pronunciamientos relacionados de cortes judiciales supranacionales. De esta manera, se resaltan los criterios de la SA sobre: i) la no comparecencia en la JEP de los integrantes de grupos paramilitares; ii) el eventual acceso a la Jurisdicción de personas que, antes o después de integrar efectivamente una organización de naturaleza paramilitar, ostentaron la condición de terceros civiles, y las dos nuevas categorías de posibles comparecientes obligatorios ante la JEP: iii) los integrantes de facto de las fuerzas militares y iv) los sujetos funcional y materialmente incorporados a la Fuerza Pública.

Marcela Giraldo y Cristian Varela hacen un balance del trabajo de la SAI. Al poner en contexto las críticas hechas a su labor, recuerdan el inicio con una planta de personal reducida, la novedad de los procesos judiciales y administrativos por implementarse y, en general, las dificultades propias de la JEP como una institución naciente. Adicionalmente, dan cuenta de las competencias de la SAI, más allá del estudio sobre la concesión de amnistías, y muestran las estadísticas relacionadas con esas distintas funciones y las dinámicas con partes e intervinientes en los trámites. La función legal y constitucional de la SAI, recuerdan los autores, toma en cuenta sus destinatarios: las víctimas, que demandan verdad, justicia, reparación y no repetición; los comparecientes, que desean continuar con sus procesos de reincorporación; y la sociedad civil, que busca la materialización efectiva de la paz.

Alexandra Sandoval y Andrea Molano dan cuenta de las experiencias de la SAI en el marco del incidente de incumplimiento del régimen de condicionalidad (IIRC). En un primer momento describen las obligaciones propias del régimen de condicionalidad (RC), así como los criterios usados al valorar los incumplimientos. Luego, se indica i) el desarrollo procesal del IIRC, ii) los parámetros que deben observarse al definir las consecuencias en aquellos asuntos en los que se evidencie un incumplimiento, iii) la evolución de la "deserción armada manifiesta", y iv) la modelación que la Senit 4 dio, no solo al IIRC, sino al tratamiento de los incumplimientos del RC. En este punto se expone la experiencia que la SAI ha tenido en el desarrollo del trámite. Como apartado final, se ponen de presente las conclusiones a las que llegan las autoras en relación con las dificultades del proceso de reincorporación y del IIRC, así como la relevancia de este instrumento en el desarrollo del modelo transicional adoptado para la JEP.

Caterina Heyck explica lo que fue el caso Santrich. Considera que hubo un boicot probatorio y una campaña de desinformación mediática para

desacreditar a la JEP y al AFP. Aborda otros episodios relacionados con este asunto, las investigaciones y denuncias que después se hicieron, y pone de presente los grandes interrogantes que deja. Concluye que fue un entrampamiento a la paz, cuyos máximos responsables continúan en la impunidad.

El texto de Danilo Rojas y su equipo de trabajo es una actualización jurisprudencial de los temas que fueron escogidos y analizados en los volúmenes anteriores de esta publicación: la acreditación del factor personal en la JEP, el tratamiento de solicitudes de beneficios por los paramilitares, el factor material de competencia en la JEP, el régimen de condicionalidad –incluido el tema de las restricciones de salidas del país– y la participación de las víctimas. En esta edición se incluyen tres temas que responden a nuevos desarrollos jurisprudenciales: la suspensión de actuaciones en justicia ordinaria, las medidas cautelares y ciertos aspectos relevantes sobre algunos de los mecanismos transicionales para el impulso y la definición de la situación jurídica. Este trabajo puede ser leído con mejor provecho, junto con los análisis jurisprudenciales hechos por colegas de otras salas que aquí mismo se presentan y que arriba se reseñan.

Los aportes de los invitados especiales inician con la reflexión de Óscar Mejía sobre la relación entre el principio dialógico, de origen político-moral, con el principio discursivo, de proyección jurídico-política y su relevancia en el derecho y, especialmente, la decisión judicial y las tareas propias de la JEP, teniendo en cuenta tres condiciones epistémicas: el papel de las emociones, la exigencia decolonial para evitar imponer una racionalidad occidental, y "tres destellos que iluminen la justicia transicional": el destello posontológico, que busca superar la concepción occidental del ser; el destello pospolítico, que pretende superar la política instrumental y la distinción amigo-enemigo; y el destello posjurídico, que busca ir más allá de la cosificación legal hacia el reconocimiento y la potenciación de la libertad y justicia políticas no reguladas jurídicamente.

María Emma Wills ofrece una mirada descriptiva y reflexiva acerca del pasado que origina el momento de la justicia transicional en las sociedades modernas y su relevancia para propiciar procesos de esclarecimiento que contribuyan a la no repetición. Esto principalmente a través de la revisión del componente de justicia producto del AFP, a la luz de una secuencia histórica específica donde los archivos emergentes que surgieron en el siglo XX resultan indispensables en la construcción de varias narrativas del pasado que, juntas, contribuyen a la prioridad nacional de deshacer la normalización de la combinación de violencia y democracia. Para ello, la autora parte de dos preguntas que orientan su lectura y, por ende, las reflexiones de la justicia transicional colombiana, así como la descripción del pasado reciente que pudo nutrir la construcción de las particularidades que tiene ese proceso de justicia transicional: "¿Cómo ha sido en Colombia la puesta en marcha del componente de justicia producto del AFP entre las extintas FARC-EP y el Estado colombiano? Y, en particular,

las audiencias de reconocimiento en el Macrocaso 01 que tuvieron lugar en Bogotá en junio de 2022 ¿qué nos dicen de su potencial o sus limitaciones para la no repetición?". Particularmente, resalta que las audiencias de reconocimiento se destacan por una consideración distinta del escenario, las características de ritual, el papel de la magistratura, y la presencia de las víctimas y de los comparecientes que asumen sus responsabilidades. Con ello, se puede afirmar que las audiencias de reconocimiento y verdad de la JEP han encontrado que la inclusión de los archivos alternativos, así como la utilización de los escenarios simbólicos, son espacios que propician la consolidación de una ciudadanía que sea reticente a la relación de la violencia y la democracia.

Por último, Carlos Castresana incorpora un profuso estudio sobre el respaldo normativo y jurídico, en los ámbitos internacional y nacional, de los mecanismos judiciales no sancionatorios para la resolución de la situación jurídica de las personas comprometidas en crímenes especialmente graves. Su principal objetivo consiste en esclarecer cómo la JEP podría eventualmente decidir el no ejercicio de la acción penal, o la aplicación del beneficio transicional de renuncia a la persecución penal, respecto de comparecientes que sean considerados partícipes no determinantes, es decir, quienes incurrieron con sus acciones u omisiones en responsabilidades que exceden los límites acordados para beneficiarse de la amnistía, pero que no alcanzan la categoría de máximos responsables. Según el autor, el reto de esas decisiones es exigir las condicionalidades debidas, para que no se infrinja el deber estatal de investigar y perseguir crímenes internacionales, y no se vulneren los derechos de las víctimas a la justicia, pero también se garantice el debido proceso de los comparecientes ante la JEP. Sobre ello, el escrito responde de forma concurrente, primero, que la credibilidad de un sistema no sancionatorio para los partícipes no determinantes depende, principalmente y por paradójico que resulte, de la intensidad y extensión de la persecución efectivamente ejercida contra los máximos responsables, y no tanto de la articulación entre la renuncia al ejercicio de la acción penal y las condicionalidades; segundo, que las decisiones de renuncia a la persecución penal no pueden equivaler a una amnistía, sino que deben permitir el esclarecimiento de la verdad, la individualización de los responsables, la reparación de las víctimas y las garantías de no repetición, mediante una efectiva rendición de cuentas, la culminación de una investigación efectiva, la participación de las víctimas y la atribución de consecuencias (aunque no sean sanciones penales); y tercero, que la definición de la responsabilidad de los máximos responsables debería ser el preludio de la resolución de la situación jurídica de los partícipes no determinantes, en atención al orden lógico y cronológico debido.

La JEP continúa desarrollando su misión institucional encargada en el AFP firmado en La Habana, que no es otra que la de impartir justicia a los responsables de las atrocidades cometidas durante la confrontación armada que tuvo

como contraparte del Estado a la antigua guerrilla de las FARC-EP. La consolidación del apoyo a la JEP por parte del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, de la Fiscalía de la Corte Penal Internacional y de la comunidad internacional en general, así como el respaldo claro que la Corte Constitucional continúa ofreciendo a través de sus decisiones judiciales, animan y comprometen la totalidad de funcionarios y empleados de la JEP, por encima de las presiones políticas de los adversarios del proceso de paz y del componente de justicia transicional establecido, y también, dicho sin temeridad, sobreponiéndose a las amenazas a la integridad personal que han aparecido, tratando de amedrentar no solo a quienes tienen el deber de juzgar a los responsables de los crímenes atroces cometidos, sino también a los comparecientes y a las víctimas.

La fase de imposición de sanciones restaurativas que se avecina será el escenario de consolidación de la JEP. Por ello, ha venido adelantando el trabajo preparatorio que requiere su efectivo cumplimiento, gestionando la buena marcha del sistema restaurativo, "piedra angular de la política pública diseñada para la implementación de las sanciones propias y las medidas de contribución a la reparación que disponga la JEP" (Senit 5 de 2023), lo que incluye la Instancia de Articulación del Gobierno nacional y la JEP creada en el PND (art. 205), la obligación del mismo gobierno de adecuar y ofrecer planes, programas y proyectos necesarios para la implementación de las sanciones propias y medidas que contribuyan a la reparación integral (art. 204), y la fijación en la JEP de algunas líneas restaurativas como el desminado humanitario, la reparación del medio ambiente, los TOAR orientados a la restauración o el mantenimiento de infraestructura urbana o rural, la conservación de memoria y los daños diferenciales como la violencia sexual y las violencias basadas en género.

Nuevamente, agradezco el apoyo a este proyecto académico y de memoria institucional brindado por el Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer, que en Colombia, bajo la coordinación de Hartmut Rank, contribuye al fortalecimiento del Estado de derecho y la democracia; agradezco también a la Embajada de Suiza en Colombia.

DANILO ROJAS BETANCOURTH
Magistrado de la Sección de Apelación
Tribunal para la Paz / Jurisdicción Especial para la Paz

DELIMITAR NUESTRO ALCANCE ES OBRAR CON TRANSPARENCIA ANTE NUESTRA RESPONSABILIDAD HISTÓRICA E INSTITUCIONAL

El principio de estricta temporalidad es "un mandato constitucional que debe ser observado a fondo por cada sala o sección de la JEP, y permea integralmente sus procedimientos".[1] La relevancia de este principio ha sido resaltada en diferentes oportunidades por nuestra instancia de cierre hermenéutico; la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP) tiene un plazo perentorio para atender con eficacia enormes demandas de justicia, verdad, reparación y no repetición, ofreciendo opciones plausibles para consolidar un tránsito a la paz.

Además del sustento jurídico que respalda este principio, y los análisis que se han efectuado sobre su inamovilidad, la estricta temporalidad está afincada en un argumento de pertinencia histórica. Los mecanismos especiales adelantados por la JEP deben entablar procesos de reconciliación entre las generaciones que vivenciaron los embates del conflicto armado y aquellas generaciones venideras que han de tener registro sobre otras formas de afrontar la atrocidad y reimaginar el futuro.

En efecto, el principio de estricta temporalidad no solo es un problema de acatamiento normativo, sino de comprensión ética del paso del tiempo que se refleja en los cuerpos y las vivencias de víctimas, comparecientes y comunidades con quienes trabajamos.

Bajo esta comprensión, la vocería y orientación estratégica que me ha correspondido en la presidencia, ha dirigido sus esfuerzos a impulsar cuatro componentes que buscan honrar esta forma de entender nuestra misionalidad: 1) la construcción de un plan que permita pactar nuestros alcances y metas, 2) una reingeniería institucional acorde con nuestros retos, 3) la puesta en marcha del sistema restaurativo y 4) el posicionamiento de la JEP en el sistema de justicia vernáculo e internacional.

La construcción del Plan Estratégico Cuatrienal

El Plan Estratégico Cuatrienal (PEC) funciona como la herramienta de planeación y direccionamiento estratégico de la JEP. De acuerdo con el artículo 110 de la Ley 1957 de 2019, la responsabilidad de elaborarlo y presentarlo al Órgano de Gobierno es de la Secretaría Ejecutiva (Sejep). Ahora bien, para el proceso

[1] Jurisdicción Especial para la Paz, Sección de Apelación, Sentencia Interpretativa TP-SA-Senit 1 de 2019, parágrafo 13. El principio de estricta temporalidad ha sido resaltado en todas las sentencias interpretativas de la Sección de Apelación como un derrotero para orientar nuestro trabajo institucional.

de formulación del PEC 2023-2026, en mi condición de garante del adecuado cumplimiento de los fines misionales de la institución, la presidencia decidió tomar un rol activo con el fin de alcanzar acuerdos amplios que permitieran reconocer nuestros términos constitucionales y legales, dimensionar la magnitud del trabajo abarcado, orientar la articulación de salas, secciones, la Unidad de Investigación y Acusación (UIA) y la Sejep, y establecer plazos y responsabilidades bajo un modelo de gestión judicial transparente y robusto.

El reconocimiento de nuestro límite temporal está atravesado por plantear una interpretación compartida sobre el límite de la acción penal y cálculos realistas sobre la remisión de procesos a la UIA para la indagación e investigación, con fundamento en las disposiciones consagradas en el artículo transitorio 15 del Acto Legislativo 01 de 2017 y el artículo 34 de la Ley 1957.

Este ejercicio llevó, en términos generales, a impulsar una planeación a partir del año 2028 como límite de ejercicio de la acción penal, y 2025 como año trascendental para realizar las remisiones correspondientes a la UIA.[2]

La proyección que resulta del ejercicio permite contemplar los tiempos en que deben ser emitidas las principales decisiones de las salas y secciones, e identificar los momentos procesales en que se requiere una especial articulación; además, allana el camino para organizar aquellas salas con cúmulos especiales de carga judicial, como por ejemplo, la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas.

Una planeación de esta índole es necesaria en entidades de justicia transicional y reivindica su carácter temporal y especial. Sin duda, no será ajena a las críticas y posibilidades de mejora, pero genuinamente nos permite reconocer, dimensionar, medir y controlar nuestros esfuerzos como institución, de forma transparente con las víctimas, los comparecientes y la sociedad colombiana.

Una reingeniería institucional

Reconocer nuestros límites temporales significa recalcular las capacidades humanas, técnicas y financieras de la institución. En términos prácticos, esta decisión llevó a impulsar activamente la ampliación de la planta de personal, reorganizar el funcionamiento de la Sejep y crear un proceso transparente y expedito para la elección de un cuerpo de 36 magistrados auxiliares itinerantes.

El Acuerdo de Órgano de Gobierno (AOG) 012 de 31 de marzo de 2023 impulsa la fijación de la nueva planta y establece una reingeniería de la Sejep a partir de la creación de dependencias especializadas que serán fundamentales para la construcción y el seguimiento de trabajos, obras y actividades con contenido restaurador-reparador (TOAR) y sanciones propias, en cumplimiento del especial régimen sancionatorio y no sancionatorio de la JEP.

---

[2] Jurisdicción Especial para la Paz, Sejep, Núcleo del Plan Estratégico Cuatrienal – PEC, 2024, pp. 8-11.

Por su parte, el AOG 040 del 14 de diciembre de 2023 creó un equipo itinerante de magistradas(os) auxiliares en la JEP, donde se surtió un proceso de convocatoria y elección expedito y riguroso y, mediante el AOG 041 de 2023, se consolidó la nueva estructura institucional. Esta ampliación también busca robustecer nuestra presencia territorial y dignificar el trabajo de personas que han prestado sus servicios a la jurisdicción en diversas latitudes del territorio nacional.

No cabe duda de que los impactos en el gasto público que significa esta restructuración nos demandarán un enorme compromiso para el cumplimiento de las metas trazadas y exigirá mecanismos de seguimiento y rendición de cuentas a las víctimas, comparecientes y a la ciudadanía.

Puesta en marcha del sistema restaurativo

El sistema restaurativo es un conjunto cohesionado e interrelacionado de autoridades, procedimientos y medidas que tiene como objetivo viabilizar y garantizar el cumplimiento de medidas restaurativas sancionatorias y no sancionatorias proferidas por la JEP.[3]

El impulso para la consolidación del sistema restaurativo se ha direccionado en tres ejes de acción: 1) la conformación de la estructura institucional interna que permita construir proyectos viables para la ejecución de proyectos restaurativos tanto en el régimen sancionatorio como no sancionatorio; 2) la activación de la instancia de articulación entre la JEP y el Gobierno nacional contemplada inicialmente en el Conpes 4094 de 2022, y materializada en los artículos 204 y 205 de la Ley 2294 de 2023 (Plan Nacional de Desarrollo); y 3) la estructuración de proyectos restaurativos exploratorios (PRE) con recursos de cooperación internacional.

En el curso de las discusiones de la instancia de articulación y estructuración de los PRE, para el año 2024, la JEP contará con un apoyo robusto del Fondo Colombia en Paz, y tendrá tres proyectos en aplicación en líneas de acción integral contra minas; ambiente, naturaleza y territorio; e infraestructura rural. Los proyectos tendrán lugar en los departamentos de Antioquia, Nariño y en la

---

[3] El documento del Consejo Nacional de Política Económica y Social (Conpes) 4094 de 2022 define al sistema restaurativo como un "sistema que tendría en cuenta los enfoques diferenciales y estaría conformado por un conjunto cohesionado e interrelacionado de autoridades, procedimientos y medidas, cuyo objetivo común es facilitar y poner en marcha las instituciones restaurativas sancionatorias y no sancionatorias referidas. El Sistema Restaurativo presupondría que, para implementar sanciones propias y medidas de contribución a la reparación, es necesaria una oferta institucional común de planes, programas o proyectos que sean aptos para ello, y que garanticen condiciones de viabilidad y sostenibilidad, y de monitoreo y seguimiento, y que sean coherentes con los procesos de reincorporación de comparecientes de las FARC-EP, así como con los procesos relativos a comparecientes de la Fuerza Pública, y de los demás comparecientes ante la JEP" (p. 26).

ciudad de Bogotá, y permitirán poner a prueba los elementos requeridos para la puesta en marcha de nuestro especial régimen sancionatorio.

La JEP en el sistema de justicia transicional colombiano y su posición a nivel internacional

Mucho se ha escrito sobre la importancia de una justicia transicional holística y la articulación necesaria entre las entidades que componen el Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición (SIVJRNR), así como aquellas entidades derivadas de la Ley 1448 de 2011 y del proceso especial de justicia y paz.

Impulsar conversaciones que permitan materializar un sistema de justicia transicional integral es complejo, pero necesario, y desde la vocería de la institución se han desplegado los esfuerzos para que esta discusión tenga un lugar apropiado en el sector justicia y en el marco de las iniciativas legislativas del Ministerio de Justicia.

De igual modo, desde la presidencia y la Sejep se ha realizado un trabajo articulado que ha permitido suscribir nuevos convenios interadministrativos con la Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras Despojadas y con el Centro Nacional de Memoria Histórica, que incorporan rutas de acción concretas no solo para el intercambio de información, sino también para la estructuración de TOAR y sanciones propias.

En el ámbito internacional, es relevante destacar la colaboración constante con la Corte Penal Internacional (CPI) en desarrollo del principio de complementariedad positiva, el establecimiento de un plan de trabajo común enfocado en el intercambio de información y asistencia técnica mutua, y el avance administrativo para el establecimiento de una dependencia de la CPI en Colombia.

Igual relevancia merece la articulación impulsada con el sistema interamericano de derechos humanos, así como las relaciones con la Unión Europea, el Departamento de Estado de los Estados Unidos y las agencias de cooperación que han fungido como aliados invaluables del proceso de paz en Colombia, en general, y de la JEP, en particular.

Con una JEP en plena operatividad se vislumbran con mayor claridad los retos de investigación, judicialización, sanción y ejecución efectiva de sus decisiones. Considero que los cuatro puntos aquí planteados ponen de presente los direccionamientos estratégicos que procuré impulsar en mi presidencia y que acompañan las reflexiones incorporadas en esta edición de *La JEP vista por sus jueces*, que ya cuenta con más de seis años de experiencias y que, por consiguiente, acompaña sus textos con material empírico suficiente para nutrir el debate público de cara al cumplimiento de nuestra misionalidad.

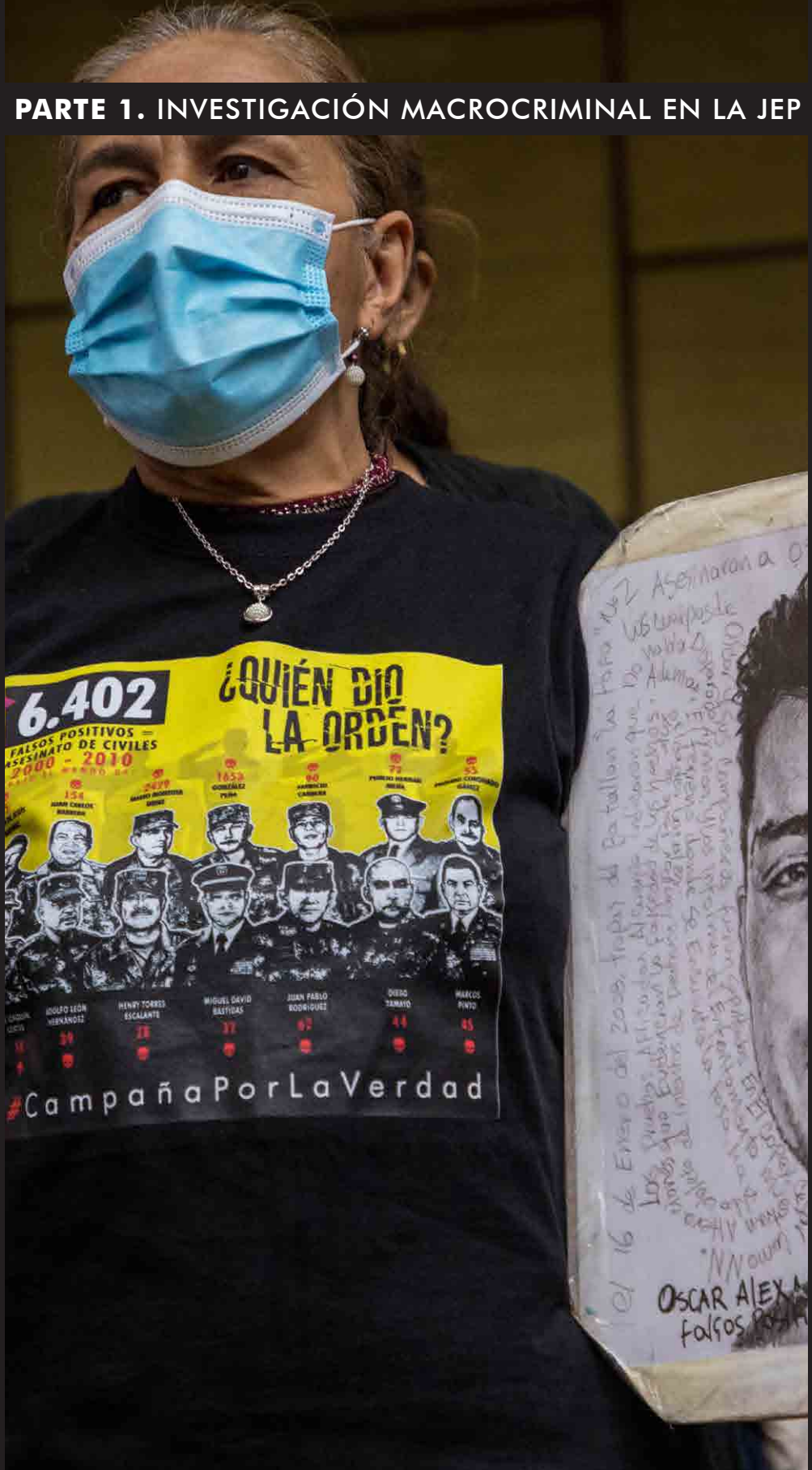
ROBERTO CARLOS VIDAL
Presidente
Jurisdicción Especial para la Paz

SIGLAS

ADHC	auto de determinación de hechos y conductas
AEIFPU	Agentes del Estado integrantes de la Fuerza Pública
AENIFPU	Agentes del Estado no integrantes de la Fuerza Pública
AFP	Acuerdo Final de Paz
ANR	Agencia Nacional para la Reincorporación
AOP	aparato organizado de poder
AUC	Autodefensas Unidas de Colombia
AV	aportes a la verdad
AVP	aportes a la verdad plena
BRIM15	Brigada Móvil 15
Bisan	Batallón de Infantería Francisco de Paula Santander
CAI	conflicto armado de carácter internacional
CANI	conflicto armado no internacional
CEVCNR o CEV	Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición
CCCP	compromiso claro, concreto y programado
CICR	Comité Internacional de la Cruz Roja
CIJ	Corte Internacional de Justicia
CODA	Comité Operativo para la Dejación de Armas
Corte IDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
CPI	Corte Penal Internacional
CIDH	Comisión Interamericana de Derechos Humanos
CSIVI	Comisión de Seguimiento, Impulso y Verificación a la Implementación del Acuerdo Final
CPI	Corte Penal Internacional
CSJ	Corte Suprema de Justicia
DA	deserción armada manifiesta
DAS	Departamento Administrativo de Seguridad
DIDH	derecho internacional de los derechos humanos
DIH	derecho internacional humanitario
DPI	derecho penal internacional
ERCS	extinción de responsabilidad por cumplimiento de la sanción
ER	Estatuto de Roma
FARC-EP	Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia-Ejército del Pueblo
FGN	Fiscalía General de la Nación
GRAI	Grupo de Análisis de la Información

IIRC	incidente de incumplimiento del régimen de condicionalidad
INMLCF	Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses
JEI	Jurisdicción Especial Indígena
JEP	Jurisdicción Especial para la Paz
JPJ	juicio de prevalencia jurisdiccional
Lejep	Ley Estatutaria de Administración de Justicia para la JEP
MIP	mecanismos intraprocesales
OACP	Oficina del Alto Comisionado para la Paz
ONU	Organización de las Naciones Unidas
ONG	organizaciones no gubernamentales
PEC	Plan Estratégico Cuatrienal
PND	Plan Nacional de Desarrollo
PSA	procedimiento de solución amistosa
RC	régimen de condicionalidad
RCE	régimen de condicionalidad estricto
RCPP o RPP	renuncia condicionada a la persecución penal
RUV	Registro Único de Víctimas
SA	Sección de Apelación
SAI	Sala de Amnistía o Indulto
SAR	Sección de Ausencia de Reconocimiento de Verdad y de Responsabilidad de los Hechos y Conductas
SDSJ	Sala de Definición de Situaciones Jurídicas
Sejep	Secretaría Ejecutiva de la JEP
SeRVR o SecRVR	Sección con Reconocimiento de Verdad y de Responsabilidad de los Hechos y Conductas
Sejud	secretarías judiciales
Senit	Sentencia Interpretativa de la Sección de Apelación
SIDH	sistema interamericano de derechos humanos
SIP	sistema integral para la paz o sistema integral de paz
SIVJRNR	Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición
SNARIV	Sistema Nacional para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas
SR	Sección de Revisión de Sentencias
SRVRDH o SRVR	Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas
TOAR	trabajos, obras y acciones con contenido restaurativo y reparador
Uariv	Unidad para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas
UBPD	Unidad de Búsqueda de Personas Dadas por Desaparecidas
UIA	Unidad de Investigación y Acusación
URT	Unidad Especial de Gestión de Restitución de Tierras Despojadas
UNP	Unidad Nacional de Protección
UP	Unión Patriótica

PARTE 1. INVESTIGACIÓN MACROCRIMINAL EN LA JEP



Fotografía: Isabel Valdés

1

Aplicación de los métodos de las ciencias sociales a la investigación macrocriminal

‹**JULIETA LEMAITRE RIPOLL**› Magistrada de la Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas
‹**GINA CABARCAS MACIÁ**› Directora e investigadora del Laboratorio de Justicia y Política Criminal

Resumen: La investigación criminal tradicionalmente se ha asociado a la investigación de las ciencias naturales a través de las ciencias forenses. Sin embargo, la investigación macrocriminal ha requerido aportes de las ciencias sociales para comprender los fenómenos criminales y las organizaciones que son responsables de patrones de crímenes. Este artículo describe los aportes de las ciencias sociales a la investigación criminal en la justicia transicional en Colombia, enfocándose en sus aportes al análisis de contexto a través de la elaboración de planes de pruebas y la adopción de métodos cuantitativos y cualitativos como herramientas de investigación macrocriminal. Adicionalmente, señala las limitaciones de estos métodos, y sus críticas.

Palabras clave: investigación macrocriminal; ciencias sociales; patrones de crímenes; análisis de contexto.

Abstract: Traditionally, criminal investigation has been associated with natural science research through forensic sciences. However, macro-criminal investigation has required contributions from the social sciences to understand criminal phenomena and the organizations responsible for criminal patterns. This chapter describes the contributions of social science to criminal investigation in Colombia's transitional justice, with a emphasize on their contributions to context analysis through the development of criminal evidence plan and the adoption of quantitative and qualitative methods as macro-criminal investigation tools. The chapter also discusses the limitations and critique of these methods.

Keywords: Macro-criminal investigation; social sciences; criminal patterns; context analysis.

Introducción

La investigación macrocriminal comprende, por definición, la investigación de grandes cantidades de crímenes cometidos por organizaciones y redes criminales contra grupos numerosos de víctimas similarmente situadas. Es decir, la investigación macrocriminal o macroproceso, como también se le llama, plantea un solo caso para una pluralidad de perpetradores, múltiples circunstancias de tiempo, modo y lugar, y un gran número de víctimas.

La investigación macrocriminal se distingue de la investigación criminal tradicional, "caso a caso" o "hecho a hecho", es decir, la investigación de un hecho criminal, iniciada por la noticia criminal, que parte de la caracterización de las circunstancias de tiempo, modo y lugar de un hecho, a partir de la cual se identifica a la persona responsable y se procesa. Esta investigación "hecho a hecho" es la forma usual y cotidiana de adelantar la investigación criminal, y captura la imaginación popular a través de su reelaboración permanente en series policivas de la televisión, en las cuales cada semana, a la manera de modernos Sherlock Holmes, los investigadores-héroes desenmascaran criminales que cometieron el crimen, o a veces los tres, cuatro o cinco crímenes de la semana. Las series de televisión muestran también la manera en que las ciencias naturales contribuyen a esta investigación, a través de las ciencias forenses, con autopsias y exámenes químicos y físicos que realizan profesionales especializados.

Sin embargo, no hay referentes en la cultura popular para el proceso que conlleva la investigación macrocriminal, ni la forma como se apoya en las ciencias sociales. En efecto, las ciencias forenses se especializan en hechos concretos y particulares: el examen de un cadáver, de un arma, de una prueba médica, pero no de fenómenos sociales como lo son las organizaciones criminales y los patrones de crímenes que cometen. Este artículo es una introducción a ese tema, a partir de la experiencia de la justicia transicional colombiana y sus aprendizajes.

Para comprender la tensión que se genera entre la investigación macrocriminal y la investigación "hecho a hecho", sugerimos el siguiente experimento mental: imagine que un día cualquiera, a la salida de la universidad, dos sujetos armados le roban a usted todas sus pertenencias, incluyendo celular y computador portátil, y usted inmediatamente pone la denuncia ante la policía. Lo más probable, aunque hay excepciones, es que la denuncia nunca prospere, lo que confirma el concepto popular de la futilidad de la denuncia y las cifras de impunidad (más del 90% de los crímenes de este tipo nunca son esclarecidos). Imagine también que esa misma semana le cuentan sus estudiantes que otras tres personas también fueron despojadas de sus pertenencias ese mes por sujetos armados, quizás los mismos, y no pusieron la denuncia, por considerar que era inútil hacerlo. A las dos semanas escucha el caso de un joven estudiante que se resistió al atraco y fue herido de un disparo. En su frustración, usted y sus alumnos reclaman una investigación "hecho a hecho", mientras que quizás la

Fiscalía esté más interesada en una investigación que identifique una organización criminal y la desarticule, así no esclarezca todos los crímenes cometidos, sino los más graves.

La investigación macrocriminal parte de los conceptos fundamentales de agrupación, concentración, priorización y selección de hechos. Su atraco no fue el único de la ciudad ese mes, ni siquiera los cuatro atracos que usted conoce sucedieron en torno a la universidad. La Fiscalía puede estar clasificando los atracos por circunstancias de tiempo, modo y lugar, para agrupar los hechos por posibles responsables y concentrar sus actividades investigativas en dos atracadores armados que probablemente realizan esta actividad de modo habitual. En esta actividad de agrupación recaban información que les permite identificar una banda dedicada al hurto armado afuera de las universidades de su ciudad, y a la venta de computadores y celulares hurtados en otra zona de esta. La captura en flagrancia de dos atracadores cerca de una universidad distinta a la suya, y el interrogatorio a estos, les permite identificar una banda compuesta por 16 jóvenes armados que cometen los atracos y tres personas que compran y revenden rápidamente lo hurtado y dan órdenes a los atracadores. Usted, sin saberlo, fue víctima del crimen organizado.

La rápida acción de la Fiscalía con la Policía les permite en tres meses de trabajo recabar suficiente información para tomar acciones a fin de desarticular la banda, capturando a los tres cabecillas y a cinco de los 16 atracadores. Identifican plenamente diez hurtos en los cuales la banda actuó y dejó víctimas heridas por armas de fuego, desarticulando así la banda criminal. Es decir, el indicador de éxito no es la tasa de impunidad (el número total de hechos esclarecidos y perseguidos), sino la desarticulación de estructuras criminales, la prevención del crimen más grave, e incluso la tasa de encarcelación.

Como en este ejemplo, la investigación macrocriminal se convierte en una necesidad en contextos de alta criminalidad cometida por organizaciones criminales. Es la forma más efectiva y eficiente de destinar los recursos del Estado para disminuir el crimen, y parte de un robusto ejercicio de la discreción del fiscal o el investigador para agrupar los hechos, priorizar las acciones y seleccionar la manera en que concentra la investigación criminal y ejerce la acción penal.

La investigación macrocriminal en la justicia transicional colombiana

Este ejemplo tiene unas dimensiones difíciles de imaginar cuando el experimento mental se traspone a la tarea que se ha planteado al aparato judicial colombiano de procesar el conflicto armado, tanto para hacer justicia sobre los crímenes cometidos por grupos guerrilleros o grupos paramilitares como para los crímenes cometidos por el mismo Estado o algunos de sus funcionarios en el contexto de la guerra. En tiempos de paz, para los cuales está diseñado el

aparato judicial, la investigación macrocriminal se ocupa de un crimen organizado que tradicionalmente ha sido de un tamaño relativamente pequeño comparado con lo que es un ejército con control territorial y la magnitud de victimización de un conflicto armado. Este produce cientos de miles de víctimas, miles de victimarios, ocupa amplios espacios de la geografía nacional y encadena en periodos de años y décadas. Ante esta envergadura, han hecho falta nuevas herramientas y modos de pensar que potencien la experiencia de la investigación macrocriminal (agrupación, priorización, concentración y selección de crímenes) para poder esclarecer, y judicializar, lo que es casi imposible de imaginar.

Inicialmente, Colombia se enfrentó a esta tarea separando la investigación en ciencias sociales (asignada a un Grupo de Memoria Histórica, Centro Nacional de Memoria Histórica o Comisión de la Verdad) de la investigación criminal. Así, durante el periodo de gobierno de Álvaro Uribe Vélez (2002-2010), Colombia vivió la desmovilización de los ejércitos paramilitares federados bajo la figura de las Autodefensas Unidas de Colombia (AUC) entre 2004 y 2006. Como resultado del acuerdo entre el gobierno y las AUC, y luego de las discusiones en el Congreso y la revisión de constitucionalidad, se adoptó la Ley 975 de 2005, que creó un mecanismo judicial especial en el interior de la justicia ordinaria para otorgar beneficios (pena alternativa de 8 años de cárcel) a los paramilitares desmovilizados, a cambio del aporte a la verdad y la confesión de responsabilidad. Este mecanismo se conoció como fiscales y tribunales de Justicia y Paz, y aún hoy, 20 años después, sigue en funcionamiento haciendo la investigación de los crímenes cometidos por los paramilitares. De manera paralela, se creó un grupo de memoria histórica que se transformó en el Centro Nacional de Memoria Histórica, para dar cuenta de lo sucedido desde las ciencias sociales.

Al comenzar su trabajo, los fiscales y tribunales de Justicia y Paz siguieron la metodología de investigación criminal de la justicia ordinaria, intentando procesar "hecho a hecho", en el orden en que se iban recibiendo las confesiones.[1] Si bien la Corte Constitucional, en la primera sentencia que examinó la constitucionalidad de la Ley 975, la Sentencia C-370 de 2006, había avalado la necesidad de identificar toda la cadena de crímenes, en la práctica esto no resultó en su acumulación en un solo proceso, sino en su abordaje como un estudio "hecho a hecho", resultando en un sistema que pronto se reveló como inoperante si no había cómo situar los hechos dentro del contexto del conflicto

[1] La ponencia para primer debate en la Cámara de Representantes de la Ley de Justicia y Paz señalaba que solo había cuatro sentencias para un total de 39.546 hechos confesados y que se demorarían cien años para sancionar a todos los responsables. Magdalena Correa Henao, "Análisis de contexto: estudio desde el derecho constitucional", en Gerardo Barbosa y Carlos Bernal (eds.), *El análisis de contexto en la investigación penal*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2015.

armado y del funcionamiento de las AUC.[2] A pesar del concepto constitucional sobre la Ley 975, la Fiscalía General de la Nación (FGN) seguía amarrada al Código Procesal Penal que, siguiendo los artículos 250 y 251 de la Constitución Política, era comprendido como la implementación del mandato de investigar cada hecho que conocía y que pudiera ser un delito según el orden de llegada. En el caso de Justicia y Paz, este orden reflejaba las confesiones que fueron dando los exparamilitares que se postulaban a los beneficios de la Ley, sin agrupar a los postulados por cadenas de mando o seleccionar los más graves entre los patrones criminales cometidos por las estructuras paramilitares, ya que hacerlo, de acuerdo con la FGN, podía ir en contra del principio de legalidad y el derecho a la igualdad. Esto fue generando una crisis de inoperancia en el sistema de Justicia y Paz que llevó a su reforma paulatina, primero, a través de sentencias de revisión de la Corte Suprema de Justicia en apelaciones a los fallos en los que la Corte pedía un análisis del contexto de los crímenes cometidos que diera cuenta de las organizaciones criminales que lo cometían y sus cadenas de mando.[3] En 2012 se materializó de manera contundente a través de una reforma constitucional y otra legal.

En 2012, el Congreso debatió y adoptó dos grandes reformas para responder a esa crisis, una que reflejaba el intento de la FGN de tener un marco legal que le permitiera operar de forma más ágil, y otra que correspondía a la necesidad del gobierno de Juan Manuel Santos (2010-2018) de negociar un sometimiento más ágil en lo judicial con la guerrilla de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia-Ejército del Pueblo (FARC-EP). El sentido de ambas reformas de 2012 fue permitir la agrupación y priorización de graves violaciones de derechos humanos en macroprocesos o macrocasos (para Justicia y Paz patrones de macrocriminalidad) que se contemplaran como procesos contra organizaciones criminales que habían actuado en el conflicto armado, al tiempo que concentrar los esfuerzos de investigación en los individuos que las dirigieron, redefinidos como los "máximos responsables".

La reforma promovida por el Gobierno era a la Constitución Política, y permitía a la justicia abordar de otra forma la investigación criminal en el marco de

---

[2] Véase I. Orozco Abad, M. V. Uribe, G. Cabarcas y L. C. Sánchez Díaz, *Justicia y Paz: ¿Verdad judicial o verdad histórica?*, Bogotá, Centro de Memoria Histórica, 2012.

[3] Al respecto, la sentencia de la Corte Suprema que anula el primer fallo del Tribunal de Justicia y Paz contra Wilson Salazar, alias el Loro, es muy elocuente. En esta decisión, la Corte establece la necesidad de contextualizar los crímenes imputados demostrando la relación de estos con la pertenencia del condenado a los grupos paramilitares. Para esto requiere que como crimen base se pruebe el concierto para delinquir. Además, si bien reconoce la necesidad de imputaciones parciales, advierte que lo ideal son las imputaciones completas que permiten una visión íntegra, completa y común sobre las actividades del condenado y el grupo al que pertenece (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, segunda instancia, Justicia y Paz, Proceso n.° 31539 de 31 de julio de 2009, M. P. Augusto Ibáñez Guzmán).

la justicia transicional, con priorización y selección de casos, y máximos responsables.[4] El nuevo artículo constitucional dice que estos son los instrumentos de la justicia transicional, y que la FGN debe adoptar los criterios de priorización y concentrarse en los máximos responsables, teniendo en cuenta la gravedad de los crímenes y su sistematicidad, sin que ello afecte el deber de investigar y sancionar del derecho internacional.

La reforma promovida por la FGN, por su parte, se enfocó en la modificación de la Ley 975 y el sistema de investigación criminal de Justicia y Paz, introduciendo en la ley y en las directivas internas lo que llamó el análisis de contexto, además de herramientas concretas de priorización. Así, la Ley 1592 de 2012, que modificó la 975, planteó la construcción de macrocasos como una solución al gran volumen de hechos, multiplicidad de víctimas y alto número de presuntos responsables. Para ello, la Ley permite priorizar como nuevo mecanismo de investigación de la FGN, agrupando en un solo proceso múltiples hechos, y concentrar la persecución penal en sus máximos responsables, esclareciendo así "el patrón de macrocriminalidad de los grupos armados organizados", los contextos en los que sucedieron, las causas y los motivos del conflicto armado.

La reforma constitucional, Acto Legislativo 01 de 2012, fue revisada por la Corte Constitucional en la Sentencia C-579 de 2013, y la Corte en su interpretación ratificó la posibilidad de hacer investigación macrocriminal sin por ello violar los derechos de los ciudadanos, ni incumplir el compromiso internacional del Estado colombiano de investigar y sancionar los crímenes internacionales. La decisión afirma que la imputación de delitos a los máximos responsables cumple con la obligación del Estado de investigar los delitos "más repudiados por la comunidad internacional", pero que sean "imputados solo a quienes cumplieron un rol esencial en su comisión". Consideró que con esa medida se "contribuye a desvertebrar macroestructuras de criminalidad o revelar

[4] Dice el artículo transitorio 66 de la Constitución, incluido por el Acto Legislativo 01 de 2012: "Tanto los criterios de priorización como los de selección son inherentes a los instrumentos de justicia transicional. El Fiscal General de la Nación determinará criterios de priorización para el ejercicio de la acción penal. Sin perjuicio del deber general del Estado de investigar y sancionar las graves violaciones a los Derechos Humanos y al Derecho Internacional Humanitario, en el marco de la justicia transicional, el Congreso de la República, por iniciativa del Gobierno nacional, podrá mediante ley estatutaria determinar criterios de selección que permitan centrar los esfuerzos en la investigación penal de los máximos responsables de todos los delitos que adquieran la connotación de crímenes de lesa humanidad, genocidio, o crímenes de guerra cometidos de manera sistemática; establecer los casos, requisitos y condiciones en los que procedería la suspensión de la ejecución de la pena; establecer los casos en los que proceda la aplicación de sanciones extrajudiciales, de penas alternativas, o de modalidades especiales de ejecución y cumplimiento de la pena; y autorizar la renuncia condicionada a la persecución judicial penal de todos los casos no seleccionados. La ley estatutaria tendrá en cuenta la gravedad y representatividad de los casos para determinar los criterios de selección". Firmado el Acuerdo de Paz con las FARC-EP, se dio paso a la Ley Estatutaria 1959 de 2019 que materializa estos compromisos, junto con otras normas que desarrollan el Acuerdo Final de Paz.

patrones de violaciones masivas de derechos humanos asegurando en últimas la no repetición". En la sentencia, la Corte identifica como criterios de priorización constitucionales no solo la identificación de máximos responsables, sino la concentración en los delitos cometidos de manera sistemática cuya gravedad y representatividad "implica la construcción de macroprocesos en torno a una serie de elementos comunes determinados por factores relacionados con la gravedad y la representatividad".

Para la FGN, este replanteamiento significó no solo la conducción de macrocasos, sino la adopción de una investigación penal que incluya el análisis de contexto. La referencia al "contexto" ya está en las decisiones de la Corte Constitucional cuando dice que la debida diligencia en la investigación de graves violaciones de los derechos humanos requiere el análisis del contexto en el que se dieron los crímenes como uno de los elementos fundamentales para el esclarecimiento de la verdad.[5] La FGN la materializó en la Directiva 001 y en la Resolución 1810, ambas de 2012, que establecieron criterios de priorización y selección, pero también crearon una unidad dedicada al análisis de los contextos criminales. La Directiva 001 de 2012 buscó que los fiscales priorizaran dónde concentraban sus esfuerzos de investigación penal en todos los procesos superando la atención por "orden de llegada" para agrupar hechos similares, y establecer criterios de gravedad y representatividad en priorización de casos, así como en la selección de máximos responsables. La Resolución 1810 de 2012 creó una unidad especializada en análisis criminal que se dirigió al estudio de los "contextos", la Dirección Nacional de Análisis y Contextos (Dinac), para la cual se contrató por primera vez en la FGN un número significativo de profesionales con formación en diferentes ciencias sociales para "crear los respectivos contextos y desentrañar los fenómenos delictuales de la macrocriminalidad".[6] A estas decisiones le siguió una ley que le dio al Gobierno facultades extraordinarias para reformar la planta de la Fiscalía, creando los cargos de analistas para construir estos contextos. Así, mientras con la reforma legal de la Ley 1592

---

[5] En la Sentencia C-579 de 2013, que declara la constitucionalidad del Acto Legislativo 001 de 2012, la Corte Constitucional establece: "El planteamiento del Acto legislativo 01 de 2012 no se orienta a consagrar la impunidad de unos delitos, sino a cambiar la estrategia de investigación del 'caso por caso', que dificulta la garantía del derecho a la justicia de las víctimas de violaciones masivas de los derechos humanos, por la estructuración de macroprocesos en los cuales exista una participación masiva de todas las víctimas y que no se estructuren por el azar, sino en virtud de investigaciones con base en contextos y en el análisis de estructuras de criminalidad organizada". Esta opinión fue reiterada por la Corte Constitucional para valorar la constitucionalidad de la facultad de selección de la Jurisdicción Especial de Paz (JEP) en la Sentencia C-080 de 2019.

[6] Entre 2013 y 2014, la Fiscalía pasó por un proceso de reestructuración orgánica. La exposición de motivos de la Ley 1654 de 2013, que otorgaba facultades extraordinarias al presidente para reestructurar la Fiscalía, establecía que uno de los cambios importantes requeridos era la introducción de cargos de analistas a la planta de personal que se encargaran de liderar la construcción de contextos para la investigación de la macrocriminalidad. En el Decreto Ley 018 de 2014 se crean cargos de profesionales investigadores para cubrir la necesidad de analistas.

se introdujo la metodología de la investigación macrocriminal en el proceso de justicia transicional de Justicia y Paz, con las reformas internas de la FGN se empezaron a diseminar estas metodologías en la justicia ordinaria.

Para el momento en el cual se firmó el Acuerdo Final de Paz con las FARC-EP este aprendizaje se materializó en una justicia especializada, la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP), que ya trae consigo todo este bagaje derivado de la experiencia de Justicia y Paz.[7] La JEP, como Justicia y Paz, enfrenta el reto de investigar patrones de crímenes cometidos por organizaciones, sea por la guerrilla, sea por miembros de la Fuerza Pública colombiana. La forma de hacerlo, como lo aclara la misma Corte Constitucional en las decisiones que revisan la constitucionalidad del marco legal de la JEP, es a través de una metodología de macrocasos o macroprocesos. Adicionalmente, la Corte Constitucional planteó, sin profundizar en ello, que los elementos de la metodología de investigación son el análisis de contexto, el análisis de los patrones criminales, y la identificación de los máximos responsables, para así poder atribuir responsabilidad con un enfoque de crímenes de sistema.[8]

El primer órgano de la JEP encargado de materializar esta metodología, por su función estatutaria, fue la Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas (SRVRDH). Fue esta Sala la que desde 2018 debió integrar los aprendizajes de Justicia y Paz para plantear sus macrocasos. Lo hizo no ya como casos referidos a estructuras criminales específicas, como en Justicia y Paz, sino como macrocasos en dos registros: casos sobre políticas criminales consideradas de impacto nacional, enfocándose en la guerrilla o en la Fuerza Pública, y casos sobre crímenes ocurridos en territorios particularmente devastados por la guerra, cubriendo todos los actores que participaron en ellos y enfocándose en las víctimas pertenecientes a grupos étnicos.

---

[7] Y también la crítica hecha en la comunidad académica. Véase, por ejemplo, Gerardo Barbosa Castillo y Carlos Bernal Pulido (eds.), *El análisis de contexto en la investigación penal: crítica del trasplante del derecho internacional al derecho interno*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2015. El libro examina el Acto Legislativo 1 de 2012, que crea el marco jurídico para la paz, y la reforma a la Ley de Justicia y Paz (Ley 1592 de 2012), su desarrollo en la FGN, y la jurisprudencia constitucional. Los autores de los distintos capítulos toman una posición crítica enfocada en el concepto del contexto que identifican tanto como un "trasplante legal" tomado del derecho internacional de los derechos humanos (DIDDH) (Corte Interamericana de Derechos Humanos [Corte IDH] y sus exámenes de las situaciones de país) y del derecho penal internacional (DPI) (por la caracterización del elemento contextual de los crímenes internacionales). Además de ser un trasplante, critican lo que llaman análisis de contexto, primero, por su falta de definición conceptual: "Por lo menos cinco concepciones diferentes" (p. 24). Además, critican la posibilidad de que viole los derechos humanos de víctimas (al abandonar la investigación hecho a hecho) y de presuntos responsables (al usar el contexto como medio de prueba en un juicio penal como "un sucedáneo de la prueba" (p. 25).

[8] JEP -Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Sentencia TP-SA-RPP 230 de 10 de febrero de 2021. Asunto Jhon Jairo Moreno, párrafos 19-20. Referencia a Corte Constitucional, Sentencia C-080 de 2018 sobre la constitucionalidad del artículo 19 de la Ley Estatutaria de la JEP.

Para abrir los macrocasos, la Sala planteó, como un primer paso, la necesidad de agrupar los hechos por presuntos responsables, y priorizar los más graves y representativos.[9] En su accionar, desde el primer año, la Sala hizo explícita la formación del macrocaso, invitando a la participación de la sociedad civil y permitiendo, en los autos de apertura, poner sobre la mesa de manera innovadora el razonamiento que conduce a la formulación de un macrocaso, y el rol que en esta formulación han tenido los métodos de investigación de las ciencias sociales. Los siguientes apartados condensan algunos de los aprendizajes de la Sala, pero también de Justicia y Paz y de la Dirección de Investigación y Análisis de la FGN, a partir de la experiencia profesional de ambas autoras.

El aporte de las ciencias sociales a la investigación en justicia transicional

Las tareas de agrupar los hechos, concentrarse en los responsables, y priorizar lo más grave y representativo asumidas por la Sala reflejan un aprendizaje del ejercicio de Justicia y Paz. En primer lugar, el concepto de "análisis de contexto", definido incluso en la Ley 1922, se materializa en una metodología que busca dar cuenta de las características de la organización criminal que comete los hechos y que comprende los hechos como patrones, es decir, como repeticiones de hechos. La misma Sala de Reconocimiento define de manera expresa el patrón como

> … la repetición no accidental de una conducta delictiva similar en cuanto a sus finalidades, modo de comisión, y características de las víctimas. Es importante señalar frente a la repetición que no hay una tarifa respecto a la cantidad de acciones que constituyen una repetición, sino que esta debe ser comprendida en el contexto del accionar como repetitiva frente a un número múltiple de acciones. Es esta comparación entre las acciones la que permite distinguir un hecho aislado de un hecho repetido. Entonces, el patrón se refiere a la similaridad de múltiples acciones, la cual permite describir cuáles eran las políticas expresas o tácitas del Estado o la organización armada.[10]

La Ley 1922 en su artículo 11 plantea los elementos de un análisis de contexto en la JEP cuando define "La finalidad y objeto de la investigación". Según esta norma, la investigación en la JEP debe apuntar a varios objetivos generales, entre los cuales están i) a la caracterización del actor armado que comete los crímenes, es decir, a la organización criminal; ii) a la narración de los hechos como repeticiones de conductas criminales; iii) a la explicación de cómo estos hechos cumplieron fines que, en ocasiones, exceden lo que los mismos perpetradores

[9] JEP - Sala de Reconocimiento, *Criterios y metodología de priorización de casos y situaciones en la Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de Hechos y Conductas*, 2018. Disponible en: https://www.jep.gov.co/Documents/CriteriosYMetodologiaDePriorizacion.pdf.

[10] JEP - Jurisdicción Especial para la Paz, Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de Hechos y Conductas, Auto 19 de 2021, párrafo 230.

están dispuestos a admitir, es lo que le da, en la JEP, un norte metodológico al "análisis de contexto". En efecto, la Ley 1922, en su artículo 11 sobre la "finalidad y objetos de la investigación" dice que esta debe apuntar a varios objetivos generales, entre los cuales están el de "determinar las circunstancias geográficas, económicas, sociales, políticas y culturales en las cuales sucedieron los delitos de competencia de la JEP", y la de "develar el plan criminal", "asociar casos y situaciones" e "identificar sus responsables", así como las víctimas y las condiciones de las afectaciones diferenciadas.[11] Este planteamiento no se materializa en una metodología *per se*, sino que se trata de objetivos generales que debe cumplir la metodología que se adopte. Incluso, refleja una de las circunstancias más problemáticas de las sentencias de Justicia y Paz, donde la reforma fue tardía en su voluntad de mejorar el sistema de investigación, y ha resultado en numerosas sentencias que han sido criticadas por los Tribunales de Justicia y Paz y por la misma Corte Suprema, que han señalado la insuficiencia de la investigación de la FGN en las ocasiones en las que ha buscado imputar hechos concretos a responsables concretos.[12] Estas falencias que señalan los tribunales son sorprendentes cuando se considera que tienden a ser sentencias muy extensas, de miles de páginas, con descripciones detalladas de lo que pide el artículo 11, incluyendo cientos de páginas sobre las circunstancias históricas y geográficas.

---

[11] Ley 1922 de 2018, artículo 11. "Finalidad y objetivos de la investigación. La investigación de delitos de competencia de la JEP debe apuntar, según el caso, a los siguientes objetivos: 1. Determinar las circunstancias geográficas, económicas, sociales, políticas y culturales en las cuales sucedieron los delitos de competencia de la JEP. 2. Cuando proceda describir la estructura y el funcionamiento de la organización criminal, sus redes de apoyo, las características del ataque y los patrones macrocriminales. 3. Develar el plan criminal. 4. Asociar casos y situaciones. 5. Identificar sus responsables. 6. Establecer los crímenes más graves y representativos. 7. Identificar a las víctimas y las condiciones particulares que les ocasionen afectaciones diferenciadas. 8. Cuando sea procedente, determinar los móviles del plan criminal y en especial aquellos que comporten razones de discriminación por etnia, raza, género, orientación sexual, identidad de género, convicciones, religión, ideologías políticas o similares. 9. Establecer las rutas del narcotráfico y actividades ilícitas; bienes de los perpetradores y las organizaciones criminales. 10. Los demás que se estimen necesarios.

Parágrafo 1. La JEP será competente de manera exclusiva y prevalente para conocer de las conductas delictivas cometidas por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado por agentes del Estado no integrantes de la Fuerza Pública y terceros civiles que se hayan sometido voluntariamente a esta, en los términos de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia en la Jurisdicción Especial para la Paz. Parágrafo 2. Las investigaciones en la Jurisdicción Especial para la Paz parten del reconocimiento de que el Estado tiene como fin esencial proteger y garantizar los derechos de todos los ciudadanos, y tiene la obligación de contribuir al fortalecimiento de las instituciones. Por lo anterior, sus agentes, en particular los miembros de la Fuerza Pública, ostentan el ejercicio legítimo de la fuerza y sus acciones se presumen legales".

[12] Por ejemplo, en la primera sentencia de la Sala de Justicia y Paz del Tribunal del Distrito Judicial de Bogotá contra Guillermo Pérez Alzate y otros exparamilitares del bloque Libertadores del Sur, el Tribunal advierte que la Fiscalía no presentó la imputación conforme la metodología de patrones de macrocriminalidad dispuesta por la misma entidad (Sala de Justicia y Paz Tribunal Superior de Bogotá, Sentencia de 29 de septiembre de 2014, Rad. 11001600025320068045O).

La Sala enfrentó entonces el reto de aprender de Justicia y Paz para plantear un análisis de contexto que fuera enfocado en su finalidad esencial, que es imputar a responsables concretos de hechos concretos, pero, al mismo tiempo, que permitiera hacerlo con el norte de identificar tanto máximos responsables como patrones de los hechos más graves y representativos. Es decir, debía encontrar una metodología de investigación que superara el "hecho a hecho", sin por ello dejarse llevar por lo que los críticos de Justicia y Paz han señalado como "un delirio de exhaustividad".[13]

La metodología se construyó a partir del recurso a las ciencias sociales, con apoyo en el Grupo de Investigación y Análisis (GRAI), en su primera etapa en la JEP. Para describir esta metodología es necesario explicar lo que aportan las ciencias sociales a la investigación macrocriminal, empezando por definir qué son las ciencias sociales y en qué se diferencian de las ciencias naturales sobre las cuales se construyen las ciencias forenses tradicionales. A diferencia de las ciencias naturales, que se enfocan en los fenómenos naturales, incluyendo el cuerpo humano (química, física, medicina), las ciencias sociales estudian los grupos sociales y la forma en que se organizan y actúan, incluyendo, por supuesto, las organizaciones criminales.

La finalidad de las ciencias sociales es darle sentido a la complejidad de la vida social, identificando el orden y la regularidad dentro de la misma, generando teorías al respecto, por ejemplo, teorías sobre el comportamiento de los individuos que pertenecen a ciertos grupos sociales, o sobre el futuro que espera a las sociedades que adoptan unas u otras instituciones.[14] Si bien el desarrollo de las ciencias sociales es de una enorme complejidad y especialización disciplinar, comparten la tarea esencial de identificar patrones y relaciones generales que caracterizan los fenómenos sociales. Al tener esa tarea, los investigadores sociales incluso tienen la máxima de desconfiar del "caso particular", pues su labor se concentra precisamente en razonar a partir del conocimiento de patrones generales, es decir, a partir del examen de muchos hechos similares; mientras más hechos, mejor para el investigador. Esta máxima incluso se cumple cuando se resuelve focalizar la narración en un caso ilustrativo o representativo de una época histórica, cuando los detalles de los hechos son

[13] En su libro *Justicia y Paz: ¿verdad judicial o verdad histórica?*, el Centro de Memoria Histórica argumenta que, en sus primeros cinco años, los fiscales y jueces de justicia y paz estuvieron enfrentados al desafío de construir una historia relevante en términos normativos para lograr la imputación de máximos responsables, pero que no tuviera la pretensión de sustituir el trabajo historiográfico que se rige por otras reglas y objetivos. Orozco Abad *et al*., *Justicia y Paz: ¿verdad judicial o verdad histórica?*, *op. cit*. Véase también G. Barbosa Castillo y C. Bernal Pulido, *El análisis de contexto en la investigación penal: crítica del transplante del derecho internacional al derecho interno*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2015.

[14] Al respecto véase, por ejemplo, C. Ragin, *La construcción de la investigación social*, Bogotá, Siglo del Hombre y Universidad de los Andes, 2007, pp. 71-77.

descritos para dar cuenta de los patrones de cotidianidad.[15] Cuando se trata de organizaciones específicas, como una organización criminal, las ciencias sociales también buscan patrones, es decir, identificar el modo de actuar habitual de la organización; e incluso cuando se enfocan en la historia de una organización particular, la historia que se cuenta es generalmente la de su funcionamiento habitual, es decir, de los patrones de hechos en el tiempo y el espacio.

Los métodos utilizados para identificar estos patrones (el orden y la regularidad) en los fenómenos sociales pueden ser cuantitativos o cualitativos. Los cuantitativos permiten dar cuenta de la magnitud de los fenómenos en el tiempo y el espacio, mientras que los cualitativos permiten hacerlo en narraciones o relatos. Así, la investigación cuantitativa responde preguntas como "qué tanto", "cada cuánto", mientras que la cualitativa responde preguntas como "de qué manera" y "por qué motivos". Ambos han sido necesarios para poder hacer un análisis de contexto que posibilite agrupar los hechos, concentrarse en los máximos responsables y priorizar los hechos más graves y representativos, si bien, como se describe a continuación, ambos tienen limitaciones.

Las ciencias sociales frente al plan de pruebas

La investigación criminal tiene en común con las ciencias sociales la propuesta básica del método científico: generar una hipótesis y tomar acciones que permitan probar, o refutar, su validez. Estas acciones se organizan de acuerdo con un plan, si se quiere, de pruebas. Sin embargo, dentro de este planteamiento inicial, es importante señalar la gran diferencia: en la investigación criminal, el plan de investigación es mucho más acotado que en las ciencias sociales.

Las ciencias sociales, como las ciencias naturales, en su conjunto, generan hipótesis extremadamente complejas que incluyen factores diversos según la disciplina. Aquellas más orientadas hacia el método de las ciencias naturales pueden incluir modelos matemáticos y experimentos para excluir factores relacionados con la ilimitada complejidad del fenómeno social. Otro tipo de estudio puede basarse en la convivencia del antropólogo con una comunidad durante un periodo extendido de tiempo, o reconstruir una secuencia de hechos históricos a partir del análisis de un archivo documental. En las ciencias sociales, el planteamiento del estudio, la hipótesis que se trabaja, tiene una enorme complejidad disciplinar que lleva al científico social a interrogarse por métodos, preguntas, y todos los factores que afectan los resultados. El investigador en ciencias sociales articula entonces un complejo plan de investigación que incluye de manera más o menos explícita, según la disciplina, la articulación de una hipótesis y una serie de pasos (actividades) que le

[15] Al respecto, véase C. Ginzburg, J. Tedeschi y A. C. Tedeschi, "Microhistory: Two or three things that i know about it", *Critical Inquiry*, v. 20, n.º 1, 1993, p. 13.

permiten cumplir con unas metas (objetivos de investigación) que refutan o confirman su hipótesis inicial (por ejemplo, que las transferencias condicionadas mejoran, o no, la vida de las personas pobres). Es un tema complejo, cuyo estudio requiere tiempo y cuidado, y la aplicación de un método validado por la disciplina a la que se pertenece, pero con paciencia se puede lograr en la gran mayoría de los casos.

En comparación, la generación de hipótesis en la investigación criminal es sencilla, y los métodos de las ciencias sociales tienen un uso instrumental y acotado a la verificación de la responsabilidad individual. En esta medida, el contexto se reduce a aquel de los crímenes: sus motivaciones, sus significados, la organización criminal que los cometió, las características y la afectación de las víctimas. Las causas examinadas son las de responsabilidad criminal, y de la amplia complejidad de los fenómenos sociales se enfoca en los crímenes a partir de su definición legal, de por sí bastante acotada. Por esto, puede parecer, y así opinan algunos críticos, que las herramientas de las ciencias sociales lo que hacen es alejar al investigador de su tarea inmediata, que es imputar responsabilidad individual.

En efecto, como se trata de investigar un crimen, las herramientas se concentran en unos pocos elementos que articulan toda la hipótesis de responsabilidad a partir del crimen concebido como un verbo proveído por el tipo rector del crimen bajo estudio. Por ejemplo, si se trata de un asesinato, el verbo es matar; si se trata de un secuestro, se privó de la libertad para pedir algo a cambio y, así sucesivamente, la investigación se concentra en una acción que es responsabilidad de unas personas. Por supuesto, la actividad contemplada por el verbo rector del tipo penal la realizó el responsable en un tiempo y lugar, de un modo particular, contra una víctima. Pero, incluso con múltiples variaciones y en casos de macrocriminalidad, la hipótesis que se va a probar o refutar es: X le hizo (algo) a Y en una fecha y lugar, y ese (algo) corresponde al verbo rector de un tipo penal, que puede o no incluir los motivos de la acción (por ejemplo, privar de la libertad para pedir un dinero a cambio de esta, o no). Quizá por esta aparente sencillez de la hipótesis, el investigador criminal trabaja con un plan de pruebas que resulta en la práctica mucho más acotado que una propuesta de investigación en las ciencias sociales, por lo que parece innecesario acudir a herramientas de dichas ciencias.

Sin embargo, encontramos que un plan de pruebas sin herramientas para caracterizar patrones (repeticiones de crímenes), grandes organizaciones criminales y sus cadenas de mando, y sin análisis del contexto en el cual estas organizaciones cometen los crímenes, resulta en investigaciones que se limitan a buscar e identificar autores materiales, y que sean estos los que "delaten" a los autores intelectuales, o, en su defecto, infiltrar organizaciones criminales para ser los policías los "delatores". Sucede entonces con frecuencia que esta

visión de la metodología de investigación criminal, como identificar delatores, se refleja en una automatización del plan de pruebas funcional al control burocrático, pero que aleja la investigación de la posibilidad de usar herramientas más sofisticadas provenientes de las ciencias sociales. Esta automatización tiende, en cambio, a orientar la investigación hacia la recolección de las evidencias más obvias para las hipótesis de autoría material con resultados relevantes para la identificación de autores materiales y su posible imputación, pero con limitaciones frente a la identificación de autores mediatos o intelectuales, patrones más amplios de hechos, y redes u organizaciones criminales más allá de la justicia premial como método para obtener delaciones.

Allí podemos, una vez más, hacer un paralelismo con la construcción de las ciencias forenses a partir de las ciencias naturales. Por ejemplo, en las ciencias forenses, un estudio de las trayectorias y características de unos proyectiles aplica la física para examinar la trayectoria en el espacio, quizás la química para examinar los componentes, y la medicina para relacionarlos con la causa de muerte. Son aplicaciones muy limitadas de estas ciencias, cuya finalidad no es aumentar el conocimiento científico en física, química o medicina, sino aplicar estas herramientas científicas a una investigación cuya finalidad última es constatar o refutar hipótesis de responsabilidad. Sin embargo, a pesar de ser aplicaciones limitadas, le dan un peso probatorio al caso que va mucho más allá de depender de contar con la "delación" de un infiltrado o de un autor material. En un sentido similar, creemos que las ciencias sociales también proveen herramientas que son idóneas para la investigación macrocriminal, así como lo son las ciencias naturales para las ciencias forenses. También en un sentido similar, se trata de un uso acotado de herramientas, no de hacer ciencia social en la investigación criminal, así como no se hace ciencia natural en los laboratorios forenses, porque las preguntas de investigación son muy distintas. A continuación, se toman algunos ejemplos de la investigación de la Sala de Reconocimiento de la JEP, así como de desarrollos recientes de Justicia y Paz, de la FGN, e incluso, de otros tribunales.

Métodos cuantitativos: las posibilidades que da saber contar

La magnitud y el impacto de los hechos investigados son elementos claves para sustentar el ejercicio de la acción penal contra los máximos responsables de crímenes de sistema. De la necesidad de conocer la magnitud del fenómeno que se agrupará en el macrocaso se deriva la primera aplicación práctica de los métodos de las ciencias sociales: el uso de los métodos cuantitativos para comprender la magnitud del fenómeno, y sus variables temporales y espaciales. Este criterio efectivamente permite tomar la decisión de qué es lo que se va a priorizar, pero también permite trazar los límites temporales y geográficos de la investigación criminal.

La división de los métodos de las ciencias sociales en cuantitativos y cualitativos es generalmente aceptada, si bien puede generar barreras artificiales o prejuicios. Así, en la universidad, las disciplinas tienden a preferir un método ("cuanti" o "cuali") sobre el otro, arreciar en críticas a los métodos rivales, objetar el avance profesional de quien no profesa el método considerado más científico, e incluso rechazar innovaciones como la combinación de ambas metodologías (métodos mixtos) o la formulación de nuevas (como el rastreo de procesos). Esta rivalidad se resuelve con una comprensión previa de las preguntas que hacen los distintos métodos, pues lo que se encuentra de manera reiterada es la idoneidad del método para resolver las preguntas que se adecúan a este. En los métodos cuantitativos, por ejemplo, la pregunta por la probabilidad de que algo suceda requiere un estimado estadístico, para lo cual necesariamente hay que recurrir a bases de datos que permitan contar en números lo sucedido en el pasado.

El reto en la adaptación de los métodos de las ciencias sociales al análisis macrocriminal es que, a excepción de la antropología forense, a partir de la cual se ha desarrollado una disciplina que aplica técnicas de las ciencias naturales y sociales para identificar personas dadas por desaparecidas, solo en las últimas décadas se han empezado a usar técnicas específicas de las ciencias sociales para responder preguntas del investigador criminal. Un ejemplo de este recurso son los informes de patrones de macrocriminalidad de los investigadores de las unidades de Fiscalía de Justicia y Paz, los peritajes en la historia del conflicto armado que han sido utilizados en los tribunales de Justicia y Paz, o los peritajes antropológicos de género presentados en los tribunales guatemaltecos.[16] Sin embargo, estas experiencias aún no han sido sistematizadas ni desarrolladas sistemáticamente en tribunales ordinarios y transicionales, y distan mucho de tener el desarrollo especializado de técnicas forenses como la balística o la medicina legal.

Este no es solo un problema de método para responder la pregunta, sino también una falta de debate en torno a cuál es la pregunta que se quiere responder, y el potencial de la investigación cuantitativa para hacerlo. Frente al mandato de hacer investigación macrocriminal, la primera pregunta, obligatoria, es la identificación de la magnitud del fenómeno: ¿exactamente de cuántos crímenes estamos hablando y contra cuántas personas? Esto es así para los distintos ejemplos de investigaciones de criminalidad organizada y de crímenes asociados al conflicto armado que hemos visto en este artículo.

Por ejemplo, en el Macrocaso 03 de la JEP se logró establecer la magnitud o "cuantificar" el fenómeno de los asesinatos y las desapariciones forzadas de al menos 6.402 personas entre 2002 y 2008, mayoritariamente civiles, presentadas

[16] Véase, por ejemplo, Rita Laura Segato, *Peritaje antropológico de género*. Disponible en: https://www.unsam.edu.ar/pensamientoincomodo/files/Peritaje%20Antropol%C3%B3gico%20de%20G%C3%A9nero.%20Causa%20del%20Caso%20Sepur%20Zarco..pdf.

ilegítimamente como bajas en combate por parte del Ejército nacional; esto fue determinante, en primer lugar, para sustentar la estrategia de priorización interna del caso. En el Auto 033 de 2021, la Sala de Reconocimiento comunica la concentración de la primera fase de instrucción del caso en seis regiones, a partir del análisis estadístico descriptivo de la base de datos en la que integró los registros de cada uno de hechos de los que tuvo conocimiento. En segundo lugar, el análisis descriptivo de la base de datos ha hecho parte de la reconstrucción del contexto de los hechos imputados al establecer tendencias y particularidades en cada uno de los autos de determinación de hechos y conductas expedidos hasta el momento. En el Auto 062 de 2023, la Sala de Reconocimiento describe estadísticamente cómo la región de Antioquia concentró más de 25% de los asesinatos y las desapariciones forzadas registradas en la base de datos a nivel nacional, por encima en varios puntos de magnitud de los departamentos que siguen en concentración de casos. Este análisis descriptivo permite, además, que la Sala encuentre que Antioquia concentró una proporción mayor de hechos en el periodo inicial de la práctica y en la subregión del oriente antioqueño. Este argumento es usado para demostrar la relevancia de la comandancia a nivel de brigada de uno de los máximos responsables en el inicio del fenómeno y cómo la forma de funcionamiento de una de las unidades militares de esta brigada, ubicada en la subregión con mayor proporción de casos, puede ser representativa de la comandancia del mismo máximo responsable.

Sin embargo, la investigación basada en el uso de herramientas cuantitativas, si bien es de gran utilidad para tomar decisiones de agrupación y priorización, tiene una utilidad muy limitada en etapas más avanzadas de la investigación criminal. Con frecuencia se tiene la esperanza de que la investigación cuantitativa, es decir, la respuesta a la pregunta por cuántos o cuántas, tenga el principal aporte a la investigación. No obstante, su utilidad tiende a concentrarse en la generación de hipótesis de investigación a partir de las respuestas sobre cantidades.

Por esto, en parte, los análisis cuantitativos que permiten establecer la magnitud de la criminalidad se encuentran en las presentaciones orales o escritas de los casos, cuando los operadores judiciales muestran el alcance e impacto de su investigación. Acá es clave usar el debido rigor en las explicaciones acerca de los números, haciéndoles decir lo que pueden describir y no más que eso. De acuerdo con la literatura especializada, los análisis cuantitativos de datos comúnmente se dividen en dos tipos: exploratorio y confirmatorio.[17] En el primer caso, el exploratorio, una vez se realizan conteos de un fenómeno, produciendo los datos, lo que se busca es usarlos empleando gráficas, mapas y tablas que resuman la información. Por su parte, en el análisis confirmatorio se busca establecer si

[17] Véase, por ejemplo, C. Robson y K. McCartan, *Real world research: A resource for users of social research methods in applied settings*, Chichester, John Wiley & Sons, 2016.

una determinada hipótesis se confirma con los datos disponibles. En este segundo tipo de análisis se examinan factores como la estimación de parámetros,[18] el análisis de regresión[19] y el análisis de varianza[20] para responder preguntas sobre la covariación de datos o su agrupación en torno a ejes.

Por ejemplo, en el Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia (TPY), el reporte de Patrick Ball sobre muertes violentas y flujo de refugiados en Kosovo entre marzo y junio de 1999 fue utilizado por la Fiscalía para contribuir a la prueba de la existencia de patrones entre estos dos fenómenos y arroja conclusiones sobre las posibles causas de la relación estadística de estos dos grupos de posibles hechos delictivos (muertes violentas y desplazamientos). Entre las conclusiones a las que llega Ball se incluye la de que una de las posibles causas asociadas a la ocurrencia de ambos fenómenos pudo deberse a las acciones bélicas de uno de los actores armados. A partir de la sistematización de registros de entrevistas a refugiados por parte de múltiples organizaciones internacionales, exhumaciones, entre otras fuentes, Ball primero estima el número de asesinatos y refugiados en el periodo relevante y encuentra que estos dos fenómenos están relacionados estadísticamente entre sí y que debieron tener una causa externa. Sobre la posible causa externa, Ball evalúa tres posibles explicaciones asociadas a las distintas formas de accionar de los actores armados involucrados en el conflicto y demuestra que lo más probable estadísticamente es que los asesinatos y los desplazamientos fueron ocasionadas por las acciones bélicas de uno de los actores armados específicamente.[21] El ejemplo de Ball muestra que estos análisis, aunque pueden ser utilizados como indicios en la prueba de responsabilidad por crímenes de guerra y lesa humanidad, el carácter criminal del desplazamiento (intención de desplazar más allá de las prácticas admitidas por el derecho internacional humanitario) no puede probarse solo con el análisis estadístico. En el caso colombiano, los análisis que el mismo Ball ha hecho con información sistematizada por la Comisión de la Verdad (CEV) y la JEP permiten dar cuenta de la magnitud de ciertos fenómenos (muertes violentas, desapariciones forzadas, desplazamientos) y son útiles para sustentar decisiones de priorización. También puede explorarse, aunque aún no se haya hecho, cómo la correlación estadística entre algunos fenómenos en ciertos territorios

[18] La estimación de un parámetro se refiere al cálculo de una media, un mínimo, un máximo, entre otras.

[19] Se refiere a ejercicios de modelación de asociación entre variables. Como resultado de este tipo de análisis se puede establecer la ocurrencia presumible de dos tipos o más de conductas delictivas en un mismo momento o para un mismo territorio.

[20] Los análisis de varianza permiten establecer, para un determinado parámetro, la existencia o no de diferencias por distintas categorías de análisis.

[21] P. Ball, W. Betts, F. Scheuren, J. Dudukovich y J. Asher, *Killings and Refugee Flow in Kosovo March - June 1999. A Report to the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*, American Association for the Advancement of Science, 2002.

es un indicio de causas asociadas a la acción de uno de los actores armados en conflicto. Para que esto sea así, el/la operador(a) judicial que lidere el caso debe identificar las preguntas precisas que busca responderse con el análisis estadístico. No basta con sugerir un análisis cuantitativo a secas.

De esta manera, el análisis cuantitativo en los macrocasos aporta principalmente a la exploración preliminar de hipótesis, contribuye a la determinación de la magnitud numérica del fenómeno, a la distribución espacial y temporal del mismo, a las características demográficas de las víctimas asociadas, o a las correlaciones entre sus distintas variables (p. ej. conductas como la frecuencia y las circunstancias que asocien los secuestros a la violencia sexual). También permite la visualización de series temporales de datos en gráficas y su representación en mapas indicando "puntos de calor". La visualización en gráficas temporales permite establecer puntos de tiempo que merecen especial atención, y, en el mismo sentido, la representación geográfica a través del análisis de agregación espacial permite focalizar la comprensión en lugares específicos. Este tipo de análisis puede ayudar a describir el comportamiento de los crímenes en periodos y lugares concretos, estableciendo la magnitud del fenómeno en el tiempo y el espacio, caracterizando a las víctimas más vulnerables para así guiar estrategias de priorización.

Un reto adicional para el análisis cuantitativo es hacer un examen preliminar de la calidad de las fuentes, en especial cuando no se producen los propios datos, sino que se trabaja con datos generados para fines distintos a la investigación macrocriminal. El análisis cuantitativo tiene el atractivo de su estrecha relación con las matemáticas como ciencia natural de respuestas unívocas, es decir, donde solo hay un número aparentemente correcto o un rango de cantidades correcto, que puede ser verificado de la misma manera por distintas personas y no está sujeto a la especulación, que parece estar más abierta al error humano. Paradójicamente, los resultados obtenidos dependen de la calidad de las fuentes de información utilizadas y de los métodos para combinarlas cuando se cuente con más de una. Contar parece ser una actividad especialmente vulnerable al error humano en el ingreso de los datos, y si las bases de datos son pequeñas, o se realizaron de maneras especialmente descuidadas, el error puede anular el valor de los datos.

En este proceso, además de la frustración por los vacíos en los datos, se pueden cometer múltiples errores humanos, los cuales son muy difíciles de corregir, si no imposibles, cuando no se cuenta con la capacidad de verificar el origen del dato ingresado a la base de datos y su corrección. Por lo general, los investigadores prefieren construir sus propias bases de datos que puedan corregir, y generar sus propias rutas de ingreso de los datos, para asegurarse de que estos son confiables. Cuando se trabaja con datos generados de otra forma, entonces se invierten grandes cantidades de tiempo y dinero en procesos de

desduplicación de datos y, en general, "limpieza" de los errores más evidentes. Sin embargo, cuando las bases de datos son lo suficientemente grandes, se puede controlar el error estimando el margen de este, y proceder a hacer afirmaciones que tienen un margen de error muy pequeño. Lamentablemente, es muy difícil encontrar bases de datos con estas características por fuera de conteos de homicidios, el crimen mejor "contado" en todas las jurisdicciones.

En conclusión, el análisis cuantitativo es especialmente útil para establecer la magnitud y la distribución en el tiempo y el espacio de los crímenes, según la calidad de las fuentes de los datos. Puede ser incluso útil para generar hipótesis de responsabilidad a partir de mapas de calor, más allá de su utilidad evidente para caracterizar el fenómeno en su magnitud, o incluso establecer probabilidades de responsabilidad con análisis estadístico. Pero la investigación criminal, en especial cuando el estándar probatorio va más allá de toda duda razonable, no se agota con la formulación de las hipótesis, ni la articulación de una probabilidad; requiere evidencias de otro tipo, y, entonces, el investigador debe construir un plan de pruebas que, en el caso de la investigación macrocriminal, probablemente recurra, además de las técnicas más conocidas de la investigación forense, al uso de métodos cuantitativos y cualitativos de investigación en las ciencias sociales.

Otras formas de contar: el análisis de grandes cantidades de texto con la ayuda de herramientas de las ciencias sociales

La palabra contar tiene por lo menos dos acepciones. Se pueden contar cantidades, como en la investigación cuantitativa, pero también se pueden contar historias, que es lo que con frecuencia hace la investigación cualitativa, si uno puede definir el análisis histórico, sociológico, psicológico y antropológico como "contar una historia". También es el método utilizado por otras ciencias sociales como la economía y la ciencia política, que hoy en día se apoyan principalmente en métodos estadísticos, pero que recurren a las metodologías cualitativas para hacer estudios exploratorios, o para profundizar en temas culturales.

Las metodologías de investigación cualitativa son útiles para examinar grandes cantidades de texto y video. Este texto puede resultar de la transcripción de entrevistas o encuentros, o de documentos escritos, por ejemplo, un expediente o un archivo documental; puede estar en papel, o puede ya haber sido digitalizado. En este caso, la investigadora de un macrocaso se enfrenta a la dificultad de evaluar la confiabilidad de la fuente en cuestión (por ejemplo, de una entrevista), y analizar su contenido para encontrar relaciones, hacer líneas de tiempo, identificar coincidencias o contradicciones con otros relatos.

Lo que ofrecen los métodos cualitativos de investigación a la investigación macrocriminal es la posibilidad de hacer esto de manera sistemática, a partir de cantidades de información mucho más grandes de las que puede procesar

un equipo pequeño (4-6) de investigadores, y hacerlo en cambio con un grupo grande, y con la ayuda de herramientas tecnológicas para ser más eficaces y eficientes. Para esto requiere, a partir de su hipótesis de investigación, tomar pasos similares a los de un investigador cualitativo para: identificar y evaluar la confiabilidad de sus fuentes, generar una serie de categorías de análisis para clasificar y ordenar la información, agrupándola de manera que sea útil para confirmar o refutar la hipótesis o teoría del caso.

Reiteramos, se trata de datos narrativos, no cuantitativos, tomados de grandes cantidades de texto, que también pueden ser grandes cantidades de audios o de videos o de imágenes. Para hacerlo, se requiere por lo menos de dos procesos que se examinan a continuación, por su aplicabilidad a la investigación macrocriminal. El primero es un proceso para el manejo de fuentes que permita establecer si son o no confiables, y el segundo es un sistema de clasificación y análisis de la información narrativa.

El manejo de fuentes. En el sentido más amplio, las fuentes son aquellos insumos que le permiten a cualquier investigadora acceder a datos e información relevantes sobre el tema de su interés. Estas pueden ayudar a múltiples tareas a lo largo de todo el proceso, como, por ejemplo, a delimitar la pregunta o problema, a la elaboración de contextos y estados del arte, a la construcción y el testeo de hipótesis, o a la identificación de patrones de macrocriminalidad e imputación de posibles responsables. A grandes rasgos, las fuentes se pueden clasificar tanto por su disponibilidad y posibilidades de acceso, como por su naturaleza y condiciones de producción.

Las fuentes de información pueden ser abiertas, cuando son de libre consulta y fácil acceso, o cerradas, cuando se trata de documentos con información sensible o sobre los que recae algún tipo de reserva. La disponibilidad y posibilidad de acceso a la información constituyen aspectos que se deben tener en consideración en cualquier tipo de investigación, pues esto incide directamente en el alcance que pueda tener el análisis.

Todas las fuentes de información, sean documentos, imágenes, testimonios orales, o cualquier otro soporte o formato, fueron producidas en un contexto particular y bajo unas condiciones que las posibilitaron. Estas condiciones y su relación con el problema de investigación son las que determinan qué naturaleza tienen las fuentes, esto es, si son fuentes primarias o fuentes secundarias, y qué tratamiento crítico debería darle el investigador para poder acceder a la información que le proveen. Esto quiere decir que no existen fuentes primarias y fuentes secundarias en esencia, sino que su naturaleza responde justamente a la posición que tiene el investigador y a la manera en la que este las aborda.

Luego de que las fuentes son gestionadas, organizadas y sistematizadas, la investigación tiene que realizar un análisis crítico de las mismas. Como se señaló anteriormente, las fuentes de información no nacen en el vacío y, en esa

medida, responden a las condiciones de posibilidad que les ofrecen sus contextos y sus lugares de producción. Esto resulta en la necesidad de hacer un buen análisis crítico de las fuentes disponibles, lo que a grandes rasgos se traduce en valorar sus fortalezas y limitaciones, a fin de que la investigación pueda interpretar de la manera más acertada posible los datos que estas le ofrecen.

Por medio del análisis del contenido y de la evaluación de sus condiciones de procedencia, la investigadora puede cualificar las fuentes que tiene a disposición de acuerdo con su grado de certeza y nivel de confianza. Esta valoración es clave, pues a lo largo de las investigaciones es posible que distintas fuentes se contradigan entre sí o tengan diferencias significativas en la narración de los hechos o en la estimación de cifras o magnitudes. La triangulación de fuentes (tres fuentes que confirman un dato) es el estándar ideal cuando se manejan fuentes diversas de las cuales ninguna es definitiva para convencer de la verdad del dato.

Además de la valoración de fuentes el análisis cualitativo requiere la construcción de categorías de análisis, según lo que está investigando. Así, el procesamiento de la información precisa un sistema de clasificación de la información que permita agrupar los datos y utilizarlos para sintetizar y facilitar la búsqueda de la información. Ya no se trata de agrupar por cantidades, sino por categorías que tienen significado para la investigación, como pueden ser los motivos manifestados por los autores directos, las relaciones de mando en un ejército, el contenido de las órdenes escritas en un periodo y lugar preciso. La generación de categorías o codificación es un proceso esencial para la investigación cualitativa, y el primer paso antes de proceder al análisis de los datos narrativos.

Esta construcción de categorías y su aplicación a los textos se conoce como codificación. En el caso de la investigación criminal, la codificación está dirigida a generar una comprensión adecuada de los elementos constitutivos de las hipótesis de responsabilidad. Es decir, la construcción de categorías deberá apuntar a identificar los patrones de macrocriminalidad, los responsables tanto a nivel individual como de organización criminal, y las características de las víctimas. Cuando se tienen suficientes narraciones que apuntan a confirmar o refutar la hipótesis, se llega a lo que se ha llamado un "punto de saturación", es decir, cuando existe una repetición reiterada de un mismo elemento o versión de los hechos a lo largo de la mayoría de las fuentes disponibles, en especial si son de distinto origen.

Armados con las categorías y la claridad de lo que se está buscando, y frente a una gran cantidad de texto, hay dos posibilidades. Una es la búsqueda automática en el texto que ya esté digitalizado. Esto sucede para indagaciones más puntuales; por ejemplo, se pueden buscar los nombres de los familiares de las víctimas, pensando que pueden estar mencionados en documentos de reuniones de los militares con la sociedad civil donde se hubiera tratado el tema de las víctimas. Esto se puede hacer con la función de búsqueda automática de

varios programas de procesamiento de texto. También se pueden hacer búsquedas estructuradas, poniendo a un equipo a dividirse gran cantidad de texto y a examinarlo, clasificando lo que encuentra.

La etnografía o análisis de la cultura puede ofrecer herramientas cuando el análisis de una cultura organizacional aporta a la investigación. Un ejemplo es el uso de herramientas etnográficas adicionales para estudiar la manera en que los miembros de una unidad militar comprenden el mando, las órdenes y la obediencia debida, para señalar qué se considera una orden dentro del grupo, así no lo sea por fuera de este. Con esta metodología, se ha escrito sobre la emisión de órdenes implícitas en los ejércitos regulares, donde, dentro de la cultura organizacional, la manera de señalar un problema e indicar que el subalterno debe resolverlo es comprendida en el contexto de la subcultura como una orden de cometer un crimen.

Cuando se tiene una línea de investigación novedosa, como esta de la cultura militar, es muy probable que no haya narraciones al respecto en el acervo probatorio documental, sino que haya que encontrar nuevos relatos. La enorme literatura sobre la forma correcta de hacer entrevistas abiertas o semiestructuradas en las ciencias sociales también es beneficiosa para la recolección de pruebas.[22]

Conclusiones

Al inicio de este capítulo planteamos que la misma naturaleza de la investigación macrocriminal requiere el desarrollo de herramientas forenses que permitan la investigación de los patrones de crímenes cometidos por organizaciones y redes criminales, tengan o no motivaciones políticas. Señalamos que esto requiere la adaptación de las herramientas de las ciencias sociales, tanto cuantitativas como cualitativas, para superar la investigación del "hecho a hecho" y la dependencia de delaciones o infiltraciones en organizaciones criminales. También señalamos la novedad de esta aproximación, ya que si bien conocemos unas ciencias forenses apropiadas para la investigación de crímenes concretos, que toman herramientas de las ciencias naturales, no estamos familiarizados con la investigación criminal a través de herramientas de las ciencias sociales, como la estadística o el análisis mecanizado de grandes cantidades de datos narrativos.

Hemos mostrado con ejemplos concretos que las ciencias sociales ofrecen herramientas metodológicas para complementar la investigación macrocriminal. Estas son decisivas en la adopción de una teoría del caso que, siguiendo

[22] Así, el método Peace, desarrollado por la policía inglesa y recomendado por el relator de las Naciones Unidas contra la tortura es, en efecto, la apropiación de la entrevista semiestructurada de las ciencias sociales. Para un desarrollo de este método en la JEP, véase J. Lemaitre Ripoll y L. Rondón Daza, "La justicia restaurativa y la escucha: un análisis del componente oral de los informes mixtos y de las versiones voluntarias en el Caso 01", en Danilo Rojas Betancourth (ed.), *La JEP vista por sus jueces (2018-2019)*, Bogotá, JEP, Konrad Adenauer Stiftung, 2020.

el marco jurídico aplicable, represente la complejidad de la criminalidad estudiada. También brindan rigor a la práctica de pruebas y contrastación de la información al llamado análisis de contexto, basándolo en el estudio científico de patrones de hechos, conformación de organizaciones criminales e impacto de la victimización masiva. Además, permiten la construcción de categorías comunes para que grupos grandes de investigadores puedan avanzar de manera conjunta procesando grandes cantidades de información que se cristaliza en una sola imputación contra una organización criminal por muchos hechos.

Sin embargo, también somos sensibles a las limitaciones de estas metodologías. Estas surgen en buena parte de las restricciones propias de las fuentes, y la falta de un análisis crítico de las mismas. También hay limitaciones frente al estándar de prueba que se ha construido históricamente para el "hecho a hecho," como más allá de toda duda razonable, lo cual puede entrar en tensión con las conclusiones sobre fenómenos y tendencias. Además, hay una limitación política, y es la insatisfacción de las víctimas cuando no se esclarecen sus hechos particulares, sino que se desarticula la organización criminal.

En los hechos hipotéticos planteados al inicio, de la red criminal dedicada al hurto de celulares afuera de las universidades, si se aplica la metodología sugerida aquí, es muy probable que usted nunca recupere lo hurtado ni sepa qué pasó con "su caso". Es probable que usted se pregunte, en medio de su frustración, si la noticia de la desarticulación de una banda criminal dedicada al hurto afuera de las universidades tuvo alguna relación con el hurto de sus pertenencias, y qué pasó con su denuncia, y quizás amargamente agradezca a la vida que usted no fue uno de los heridos con arma de fuego en los ataques, según lo que usted vio en las noticias.

La escala de la frustración ciudadana, como la suya, es fácil de imaginar, pues, como en el ejemplo precedente, es previsible que muchos casos se queden sin procesar, en una proporción similar a ese "90% de impunidad", sin que haya una medición de la efectividad en desarticular redes y organizaciones criminales. Además de generar una gran frustración entre las víctimas cuyos hechos permanecen "en la impunidad", y son contados como impunidad en las cifras nacionales. En efecto, en el ejemplo dado, de los 100 atracos realizados por la banda, solo 10 fueron imputados, y eso se cuenta como un "90% de impunidad". Sin embargo, se trata de una labor policial eficiente y eficaz, que desarticula una organización criminal, y que lo hace persiguiendo lo más grave (los heridos de bala).

Para dar pie a esta eficacia, es indispensable que la ciudadanía comprenda la dificultad que tiene un Estado para procesar los crímenes "hecho a hecho", y sepa que en efecto el Estado puede priorizar y seleccionar cómo adelanta la investigación criminal siempre que logre ofrecer una mayor seguridad a la ciudadanía. Que se explique que, como en muchas ciencias sociales, "el caso" es el fenómeno, y no el hecho individual, así como en las ciencias sociales se

investiga un fenómeno, y no necesariamente cada hecho. Lograrlo requiere un cambio de mentalidad sobre lo que puede, materialmente, hacer, y no hacer, un Estado, y en particular la rama judicial, para procesar la magnitud y el poder armado de las organizaciones y redes criminales, y buscar siempre las mejores herramientas forenses, incluyendo la potestad de agrupar y priorizar para encauzar la investigación desde el enfoque de macrocasos, apoyados en los desarrollos de las ciencias sociales.

Bibliografía

Ball, Patrick y Michael Reed, "El registro y la medición de la criminalidad. El problema de los datos faltantes y el uso de la ciencia para producir estimaciones en relación con el homicidio en Colombia, demostrado a partir de un ejemplo: el departamento de Antioquia (2003-2011)", *Revista Criminalidad*, v. 58, n.º 1, 2016, pp. 9-23.

Ball, Patrick, Wendy Betts, Fritz Scheuren, Jana Dudukovich y Jana Asher, *Killings and refugee flow in Kosovo March-June 1999. A Report to the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia,* American Association for the Advancement of Science, 2002. Disponible en: file:///Users/ginacabarcas/Downloads/kosovo-killings-refugeeflow-ICTY2002.pdf.

Barbosa Castillo, Gerardo y Carlos Bernal Pulido, *El análisis de contexto en la investigación penal: crítica del trasplante del derecho internacional al derecho interno*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2015.

Corporación Excelencia para la Justicia, *Informe de Estadísticas del Sistema Penal Oral Acusatorio en Colombia 2022*, 2024. Disponible en: https://cej.org.co/wp-content/uploads/2024/01/INFORME_SPOA_2023.pdf.

Correa Henao, Magdalena, "Análisis de contexto: estudio desde el derecho constitucional", en Gerardo Barbosa y Carlos Bernal (eds.), *El análisis de contexto en la investigación penal*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2015.

Ferro Ribeiro, Sara y Danaé Van der Straten Ponthoz, "International Protocol on the Documentation and Investigation of Sexual Violence in Conflict", *Best Practice on the Documentation of Sexual Violence as a Crime or Violation of International Law*, 2017.

Ginzburg, Carlo, "Microhistory: Two or three things that i know about it", *Critical Inquiry*, v. 20, n.º 1, 1993, pp. 10-35. Disponible en: http://www.jstor.org/stable/1343946.

Jurisdicción Especial para la Paz, Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas, *Criterios y metodología de priorización de casos y situaciones*, 2018, JEP. Disponible en: https://www.jep.gov.co/Documents/CriteriosYMetodologiaDePriorizacion.pdf.

Lemaitre Ripoll, Julieta y Lina Rondón Daza, "La justicia restaurativa y la escucha: un análisis del componente oral de los informes mixtos y de las versiones voluntarias en el Caso 01", en Danilo Rojas Betancourth (ed.), *La JEP vista por sus jueces (2018-2019),* Bogotá, Jurisdicción Especial para la Paz, Konrad Adenauer Stiftung, 2020.

Orozco Abad, Iván, María Victoria Uribe, Gina Cabarcas y Luis Carlos Sánchez Díaz, *Justicia y Paz: ¿Verdad judicial o verdad histórica?*, Bogotá, Centro de Memoria Histórica, 2012.

Ragin, Charles, *La construcción de la investigación social*, Bogotá, Siglo del Hombre y Universidad de los Andes, 2007.

Ragin, Charles y Howard Becker (eds.), *What is a case? Exploring the Foundations of Social Inquiry*, Cambridge, Cambridge University Press, 1992.

Robson, Colin y Kleran McCartan, *Real world research: A resource for users of social research methods in applied settings,* Chichester, John Wiley & Sons, 2016.

Segato, Rita, *Peritaje antropológico de género*. Disponible en: https://www.unsam.edu.ar/pensamientoincomodo/files/Peritaje%20Antropol%C3%B3gico%20de%20G%C3%A9nero.%20Causa%20del%20Caso%20Sepur%20Zarco..pdf.

Normas y jurisprudencia

Congreso de la República de Colombia, Acto Legislativo 01 de 2012, Por medio del cual se establecen instrumentos jurídicos de justicia transicional en el marco del artículo 22 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones, *Diario Oficial* 48.508 de 31 de julio de 2012.

Congreso de la República de Colombia, Ley 1959 de 2019, Por medio de la cual se modifican y adicionan artículos de la Ley 599 de 2000 y la Ley 906 de 2004 en relación con el delito de violencia intrafamiliar, *Diario Oficial* 50.990 de 20 de junio 2019,

Corte Constitucional, Sentencia C-579 de 28 de agosto de 2013, M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Corte Constitucional, Sentencia C-080 de 15 de agosto de 2018, M. P. Antonio José Lizarazo Ocampo.

JEP - Jurisdicción Especial para la Paz, SA-TP, Sentencia TP-SA-RPP 230 de 10 de febrero de 2021. Asunto Jhon Jairo Moreno.

JEP - Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas, Auto 019 de 2021.

JEP - Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas, Auto 033 de 2021.

JEP - Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas, Auto 062 de 2023.

2

La investigación criminal en contexto en la Jurisdicción Especial para la Paz

‹**ALEJANDRO RAMELLI ARTEAGA**› Magistrado de la Sección de Ausencia de Reconocimiento de Verdad y de Responsabilidad de los Hechos y Conductas

Resumen: El propósito del presente artículo apunta a examinar de qué manera la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP) ha venido empleando y perfeccionado la investigación criminal en contexto, técnica implementada en su momento por la Fiscalía General de la Nación mediante la Directiva 01 de 2012, y aplicada por la Unidad Nacional de Análisis y Contexto, y las salas de Justicia y Paz.

Se trata, en consecuencia, de analizar de qué manera la JEP ha "construido sobre lo construido" en materia de metodologías investigativas de crímenes de sistema. Para ello, en la primera parte, se examina la manera en que se gestó, en su momento, la investigación criminal en contexto en el órgano investigativo, así como la forma en que se viene aplicando por parte de los jueces del primer proceso de justicia transicional en Colombia. En la segunda parte, se estudian los ajustes, avances, particularidades y desafíos que ha tenido que afrontar la JEP en materia de investigación criminal en contexto.

Palabras clave: investigación criminal en contexto; macrocriminalidad; patrones criminales; análisis criminal; macroprocesos.

Abstract: This article seeks to examine how the Special Jurisdiction for Peace (SJP or the Jurisdiction) has been using and perfecting criminal investigation in context, a technique implemented at the time by the Attorney General's Office, through Directive 01 of 2012, and applied by the National Analysis and Context Unit and the Justice and Peace Chambers.

Consequently, it aims to analyze how the SJP has "built on what had already been built" in terms of investigative methodologies for systemic crimes. To this end, the first part examines how criminal investigation in context was conducted in the investigative body, as well as how it has been applied by the judges of Colombia's first transitional justice process. The second part studies the adjustments, advances, particularities and challenges faced by the SJP in terms of criminal investigation in context.

Keywords: Criminal investigation in context; macro-criminality; criminal patterns; criminal analysis; macro-processes.

Introducción

La macrocriminalidad se caracteriza por ser un fenómeno asociativo de alta complejidad organizativa,[1] en cuya ejecución participan, de manera coordinada y planeada, una multitud de individuos, quienes desempeñan diferentes roles en el interior de una organización criminal. Si bien sus manifestaciones son fácilmente perceptibles por los sentidos (p. ej., un bombardeo indiscriminado contra una ciudad, la invasión de un territorio, una masacre, unas familias huyendo con sus enseres por la selva, un campo de concentración, etc.), la atribución de responsabilidades penales individuales suele ser compleja. De tal suerte que el término macrocriminalidad suele llevar asociado aquel de *masividad* (p. ej., innumerables víctimas, daños incalculables, multitud de crímenes y de victimarios, etc.).

La macrocriminalidad está presente en nuestras vidas: la invasión rusa a Ucrania, la toma de rehenes y los asesinatos perpetrados en territorio israelí y la respuesta armada desproporcionada y criminal de ese Estado sobre la Franja de Gaza, así como las guerras ya olvidadas en Yemen, Siria, Etiopía, Malí, Burkina Faso, Somalia, República Democrática del Congo, entre muchas otras.

Mirando en retrospectiva, en las últimas décadas del pasado siglo abundan los ejemplos de macrocriminalidad en nuestra región: las desapariciones forzadas en Chile y Argentina, los ataques contra la población maya en Guatemala, las guerras sucias en Honduras, Salvador y Nicaragua y, por supuesto, los horrores perpetrados durante más de sesenta años en el contexto del conflicto armado colombiano.

Pese a sus evidentes diferencias competenciales, la investigación de la macrocriminalidad siempre ha sido un desafío para los jueces internos (sean ordinarios o transicionales) e internacionales (p. ej., tribunales penales internacionales *ad hoc*, Corte Penal Internacional [CPI], etc.). En efecto, si bien abundan los manuales de derecho penal internacional, contentivos de análisis dogmáticos sobre los elementos de los crímenes de lesa humanidad, de guerra y genocidio, no sucede lo mismo en materia de estudios sobre las técnicas investigativas que permitan esclarecer y sancionar a los responsables de la comisión de crímenes de sistema. A este rezago académico se suma una inadecuación absoluta o, en el mejor de los casos, una imperfección de las normas procesales para tramitar miles de casos unidos por un mismo patrón macrocriminal.

Así las cosas, el objeto del presente artículo apunta a examinar cómo, en su momento, la Fiscalía General de la Nación (FGN) decidió implementar en Colombia la investigación criminal en contexto; cómo esta ha incidido positivamente en el proceso de Justicia y Paz, para pasar a analizar cómo la Jurisdicción

[1] Patricia Faraldo, *Responsabilidad penal del dirigente en estructuras jerárquicas*. Valencia, Tirant Lo Blanch, 2003 p. 10.

Especial para la Paz (JEP) adoptó y perfeccionó tales metodologías. Se trata, en consecuencia, de hacer un breve balance en torno a los avances y, por qué no decirlo, necesarios ajustes y elementos novedosos que los jueces transicionales han incorporado a las reseñadas metodologías investigativas.

Albores y primeros avances: el análisis en contexto en Colombia

Los llamados de atención de la CSJ

En un artículo digital publicado como balance de los primeros cinco años de la puesta en marcha del proceso de Justicia y Paz,[2] se afirmaba: "Probablemente el mayor talón de Aquiles del proceso de justicia y paz ha residido en la ausencia de sanciones condenatorias para los cabecillas de las AUC". Al escribirse esas líneas, ya había pasado el grave inconveniente vivido con la declaratoria de nulidad del fallo proferido contra Wilson Salazar Carrascal, alias el Loro, un patrullero del frente Héctor Julio Peinado Becerra del bloque norte de las Autodefensas Unidas de Colombia (AUC). En otras palabras, a 2010, ningún máximo responsable del paramilitarismo había sido condenado en Colombia, en tanto que el primer fallo proferido, cuyo destinatario era un patrullero raso, había sido anulado.

Con ocasión del examen del asunto de alias el Loro, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia (CSJ), mediante Auto del 28 de mayo de 2008, llamó la atención de la FGN por no haber esclarecido aspectos tales como: i) la identificación y descripción del grupo armado al margen de la ley; ii) la individualización del desmovilizado, precisando las funciones que desempeñó, regiones donde actuó, así como la indicación de sus superiores y subalternos; iii) una relación clara de todos los hechos imputados al postulado, precisando si eran aislados o, por el contrario, masivos y sistemáticos; iv) los daños colectivos cometidos por la organización criminal, entre otros.

En otras palabras la CSJ, órgano de cierre del proceso de Justicia y Paz, señaló la urgencia de aplicar unas técnicas investigativas diferentes de aquellas empleadas por la justicia ordinaria, aunque sin aludir expresamente al concepto de priorización. De igual manera, en la opinión pública quedó un mal sabor al ver que el primer condenado en el proceso de Justicia y Paz, por cargos insuficientes por lo demás, era un desconocido patrullero de la organización criminal y no uno de sus grandes líderes (máximos responsables). Aquello afectó gravemente la legitimidad de la justicia transicional en Colombia.

---

[2] Eduardo Pizarro Leongómez, *Cinco años de la Ley de Justicia y Paz: balance de una experiencia inédita*, 2010. Disponible en: https://agenciadenoticias.unal.edu.co/detalle/cinco-anos-de-la-ley-de-justicia-y-paz-balance-de-una-experiencia-inedita.

Un pronunciamiento fundamental de la Corte Interamericana

En 2010, en el asunto Manuel José Cepeda Vargas versus Colombia,[3] la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) señaló la necesidad de investigar de manera diferente los crímenes de lesa humanidad en Colombia, centrándose en las estructuras criminales:

> 118. En casos complejos, la obligación de investigar conlleva el deber de dirigir los esfuerzos del aparato estatal para desentrañar las estructuras que permitieron esas violaciones, sus causas, sus beneficiarios y sus consecuencias, y no sólo descubrir, enjuiciar y en su caso sancionar a los perpetradores inmediatos. Es decir, la protección de derechos humanos debe ser uno de los fines centrales que determine el actuar estatal en cualquier tipo de investigación. De tal forma, la determinación sobre los perpetradores de la ejecución extrajudicial del Senador Cepeda sólo puede resultar efectiva si se realiza a partir de una visión comprehensiva de los hechos, que tenga en cuenta los antecedentes y el contexto en que ocurrieron y que busque develar las estructuras de participación.

En pocas palabras, los jueces nacionales e internacionales abogaban por cambiar el paradigma investigativo empleado por la FGN en casos de crímenes de sistema, en el sentido de abandonar el modelo de las pesquisas del "caso a caso" por una investigación criminal en contexto.

Las alertas de la academia

Amén de los fallos de la CSJ y de la Corte IDH, la academia nacional y extranjera, por aquel entonces, se venían pronunciando acerca de la urgencia de cambiar el paradigma investigativo tradicional, inspirado en la investigación de delitos puntuales y no de organizaciones criminales.

Por el lado de la academia nacional, Diego López,[4] planteaba la necesidad de aplicar unos criterios de priorización al proceso de justicia transicional que se venía adelantando con las AUC, inspirándose para ello en los trabajos de los tribunales penales internacionales.

Ese mismo año fue publicada la obra colectiva *Criteria for prioritizing and selecting core international crimes cases*,[5] trabajo científico que recoge diversas experiencias comparadas en materia de priorización (Argentina, Bosnia-Herzegovina, Ruanda, Colombia, entre otros), así como los debates en torno al papel de las víctimas en esos procesos y los límites a las facultades discrecionales de

---

[3] Corte IDH, Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia, Sentencia de 26 de mayo de 2010, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, n.° 474.

[4] Diego López, "Recomendaciones para la elaboración de estrategias de priorización de casos en el marco de la Ley de Justicia y Paz", *International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional*, n.º 17, 2010.

[5] Morten Bergsmo (ed.), "The theme of selection and prioritization criteria and why it is relevan", *Criteria for prioritizing and selecting core international crimes cases*, 2nd ed., Oslo, Torkel Opsahl Academic Publisher, 2010, p. 4.

órganos investigativos al momento de seleccionar los casos. Esta obra colectiva resultó citada en la exposición de motivos de la reforma a la Ley 975 de 2005.[6]

Con todo, se consideraba, por parte de los fiscales y jueces transicionales, que la única forma de superar las dificultades reseñadas (p. ej., ausencia de fallos condenatorios, no empleo de patrones macrocriminales, uso indebido del contexto, etc.) era mediante una reforma legal, es decir, se estimaba que la introducción de nuevas metodologías investigativas era un tema de reserva de ley o, incluso, constitucional.

Solo hasta el año 2012, merced a la adopción del llamado Marco Jurídico para la Paz, la reforma a la Ley 975 de 2005, y la expedición de la Directiva 01 de 2012 de la FGN, se introdujo normativamente la técnica del análisis criminal en contexto en Colombia.

Las reformas constitucional y legal: la apertura a la investigación criminal en contexto

Unos cambios normativos fundamentales

En el contexto de Justicia y Paz, el temor al prevaricato impidió aplicar integralmente técnicas investigativas que agilizaran la toma de decisiones de fondo (p. ej., priorización, patrones criminales, etc.), cuya regulación bien podía realizarse mediante documentos internos de trabajo; si bien los fiscales de la Unidad Nacional de Justicia y Paz venían construyendo contextos por bloques paramilitares, existían muchas dudas sobre el encuadramiento jurídico de los mismos, es decir, si tenían o no valor probatorio.

El inicio del proceso de paz entre el Gobierno nacional y las extintas Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia-Ejército del Pueblo (FARC-EP) fue el escenario propicio para introducir profundas reformas metodológicas al proceso de Justicia y Paz con las AUC –con miras a proferir macrosentencias contra los antiguos líderes del paramilitarismo– y, al mismo tiempo, abrir el camino para un futuro proceso transicional, en este caso, que comprendiera a un grupo armado ilegal (FARC) y a los agentes estatales. En tal sentido, se realizaron reformas de rango constitucional y legal, y se expidieron directivas por parte del órgano investigativo.

Mediante el Acto Legislativo 01 de 2012, conocido como el marco jurídico para la paz, se elevaron a rango constitucional dos técnicas investigativas complementarias de la macrocriminalidad: la priorización y la selección.

En relación con la primera, la enmienda constitucional se limitó a disponer que "el fiscal general de la nación determinará criterios de priorización para el

[6] *Gaceta del Congreso* 690 de 2011, p. 11.

ejercicio de la acción penal", es decir, habilitó al jefe del órgano investigador para expedir una directiva de priorización.

Por el contrario, en lo atinente a la "selección", la enmienda constitucional fue mucho más lejos. Se trataba de que, por medio de una futura ley estatutaria, se centraran los esfuerzos investigativos en los "máximos responsables" de los crímenes de genocidio, lesa humanidad y de guerra perpetrados de manera sistemática, tomando en cuenta criterios de "gravedad y representatividad". Se aclaraba que para los casos no seleccionados se podía llegar hasta la "renuncia condicionada de la persecución penal", diferencia importante en relación con la priorización.

La constitucionalización de la priorización abrió el camino para introducir una importante reforma de la Ley 975 de 2005 y para expedir la Directiva 01 de 2012 de la FGN, lo que a la postre condujo a la adopción del "Plan de acción de casos a priorizar por la Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y la Paz",[7] instrumento que permitió centrar los esfuerzos investigativos sobre 16 máximos responsables, en su mayoría exjefes paramilitares.

Si bien la técnica de la priorización fue acogida con miras a destrabar la expedición de sentencias condenatorias en el proceso de Justicia y Paz, como se verá más adelante, la JEP la ha empleado a fondo en la construcción de los macrocasos.

En lo atinente a la selección, valga señalar que la misma nunca fue aplicada al proceso de Justicia y Paz. Su utilidad vendría a verse, años más tarde, con la expedición de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia en la JEP.[8] De tal suerte que, hoy por hoy, priorización y selección son dos técnicas investigativas complementarias en el segundo proceso de justicia transicional.

La Directiva 01 de 2012:
la materialización de la investigación criminal en contexto

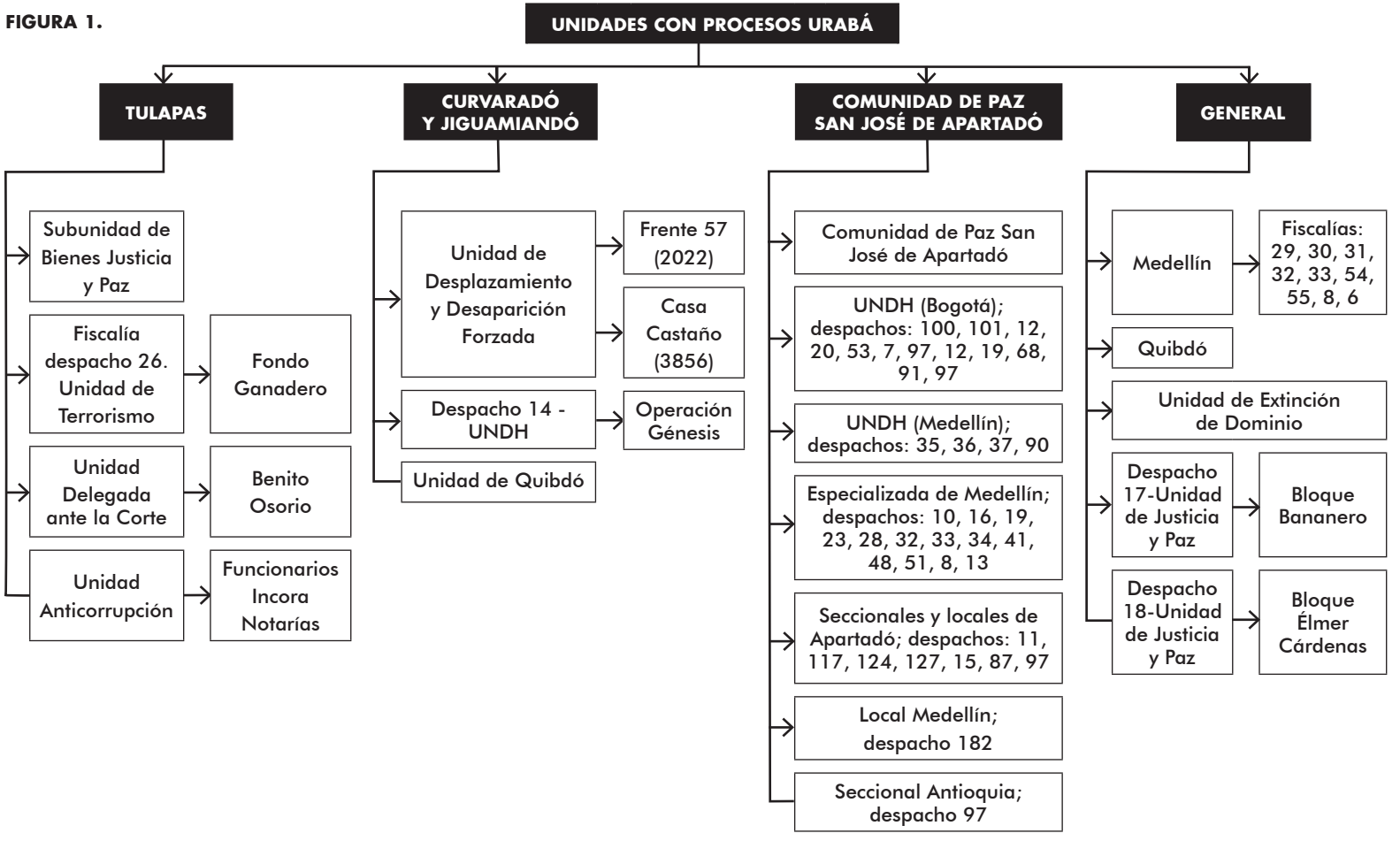
Como resultado de la realización de seis talleres[9] en los cuales participaron expertos nacionales y extranjeros, numerosas organizaciones no gubernamentales (ONG), fiscales y magistrados, en noviembre de 2012, el órgano de investigación expidió la Directiva 01 de 2012 , "por medio de la cual se adoptan unos criterios de priorización de situaciones y casos y se crea un nuevo sistema de investigación penal y de gestión de aquéllos en la Fiscalía General de la Nación".

7 Fiscalía General de la Nación, *Plan de acción de casos a priorizar por la Unidad Nacional de Fiscalías para la justicia y la paz*, Bogotá, FGN, 2013.

8 Congreso de la República de Colombia, Ley 1957 de 2019, *Diario Oficial* 50.976 de 6 de junio de 2019. artículo 19.

9 Fiscalía General de la Nación, *La priorización. Memorias de los talleres para la construcción de los criterios del nuevo sistema de investigación penal*, Bogotá, FGN, 2013.

FIGURA 1.


UNIDADES CON PROCESOS URABÁ
TULAPAS
Subunidad de Bienes Justicia y Paz
Fiscalía despacho 26. Unidad de Terrorismo
Fondo Ganadero
Unidad Delegada ante la Corte
Benito Osorio
Unidad Anticorrupción
Funcionarios Incora Notarías
CURVARADÓ Y JIGUAMIANDÓ
Unidad de Desplazamiento y Desaparición Forzada
Frente 57 (2022)
Casa Castaño (3856)
Despacho 14 - UNDH
Operación Génesis
Unidad de Quibdó
COMUNIDAD DE PAZ SAN JOSÉ DE APARTADÓ
Comunidad de Paz San José de Apartadó
UNDH (Bogotá); despachos: 100, 101, 12, 20, 53, 7, 97, 12, 19, 68, 91, 97
UNDH (Medellín); despachos: 35, 36, 37, 90
Especializada de Medellín; despachos: 10, 16, 19, 23, 28, 32, 33, 34, 41, 48, 51, 8, 13
Seccionales y locales de Apartadó; despachos: 11, 117, 124, 127, 15, 87, 97
Local Medellín; despacho 182
Seccional Antioquia; despacho 97
GENERAL
Medellín
Fiscalías: 29, 30, 31, 32, 33, 54, 55, 8, 6
Quibdó
Unidad de Extinción de Dominio
Despacho 17-Unidad de Justicia y Paz
Bloque Bananero
Despacho 18-Unidad de Justicia y Paz
Bloque Élmer Cárdenas

Importa señalar que si bien el objetivo principal de los referidos talleres apuntaba a discutir acerca de los criterios de priorización que deberían ser aplicados en el contexto de Justicia y Paz, con miras a lograr la expedición de fallos condenatorios contra los líderes del paramilitarismo, su realización evidenció la existencia de problemas más de fondo, estructurales, en el interior del órgano investigativo.

Quizás el más grave consistía en la duplicidad –y en el algunos casos multiplicidad– de investigaciones penales referentes a una misma situación o universo de crímenes asociados o conexos. En efecto, fiscales vinculados a diversas unidades nacionales (p. ej., derechos humanos, contra el terrorismo, delegados ante la CSJ, contra las bandas criminales, etc.), terminaban investigando al mismo grupo de responsables u organización criminal, por conductas relacionadas entre sí. De tal suerte que, más allá del tema de la priorización, en la gestión de los casos atinentes a graves violaciones de los derechos humanos e infracciones al derecho internacional humanitario (DIH), se invertían de forma ineficiente los escasos recursos económicos y humanos disponibles. El problema de fondo era entonces el modelo investigativo.

La figura 1 ilustra bien el panorama de la dispersión de investigaciones en relación con una parte del territorio de Urabá.

Con miras a superar tales dispersiones y ausencia de focalización de los recursos, se planteó pasar de un modelo investigativo del "caso a caso" a uno de "investigación en contexto" (tabla 1).En cuanto a los criterios de priorización, la Directiva 01 de 2012 acogió los siguientes: 1) objetivo (gravedad

TABLA 1. INVESTIGACIÓN "CASO A CASO" FRENTE A "INVESTIGACIÓN EN CONTEXTO"

MODELO TRADICIONAL DE INVESTIGACIÓN	INVESTIGACIÓN CRIMINAL EN CONTEXTO
Investigación del "caso a caso"	Investigación por patrones macrocriminales y construcción de contextos
Se investiga el delito (p. ej., homicidio, desplazamiento, violación, etc.)	Se investiga la organización criminal y los delitos perpetrados por sus integrantes
Duplicidad o multiplicidad de investigaciones sobre unos mismos delitos relacionados entre sí	Se realiza una macroinvestigación comprensiva de todos los delitos perpetrados por la organización
No se reconstruyen contextos	Se construyen contextos explicativos de la estructura y el funcionamiento de la organización criminal, así como de los aspectos geográficos, sociales y económicos en los cuales actuó
No se involucran otras ciencias sociales	Se involucran diversas ciencias sociales, así como métodos cualitativos y cuantitativos

Fuente: Elaboración propia.

y representatividad); 2) subjetivo (calidad de la víctima y del victimario; y 3) complementarios (viabilidad probatoria, conocimiento por parte del sistema interamericano de derechos humanos [SIDH], regiones, etc.). Adicionalmente, fue creada una Unidad Nacional de Análisis y Contextos,[10] con miras a implementar, a modo de plan piloto, la nueva metodología investigativa.

La Directiva 01 de 2012 definió conceptos claves, tales como análisis en contexto, priorización, patrones macrocriminales, máximos responsables, entre otros.

La reforma a la Ley de Justicia y Paz: priorización y patrones macrocriminales

El 21 de septiembre de 2011, la FGN radicó ante el Congreso de la República[11] un proyecto de ley encaminado a agilizar el proceso de paz mediante la adopción de estrategias de priorización tomando en cuenta "La experiencia comparada de países y de los tribunales internacionales *ad hoc*", tales como "la gravedad de los delitos o el rango de los autores o las características particulares de las víctimas o el impacto social causado con el hecho, o bien las fortalezas probatorias y las posibilidades concretas de obtener resultados de manera más rápida".[12] Sin embargo, expresamente se descartó la selección de casos.

El proyecto de reforma a la Ley 975 de 2005 se convirtió en la Ley 1592 de 2012, texto normativo en el cual si bien no figuran los criterios de priorización (los cuales se encuentran en la Directiva 01 de 2012), la técnica investigativa como tal sí fue acogida por el legislador.

La Ley 1592 de 2012 apunta más al esclarecimiento, la imputación, aceptación y condena por la comisión de patrones macrocriminales, entendidos como un universo amplio de delitos asociados en tanto que instrumentos ejecutores de un plan criminal, antes que por hechos puntuales.

Este cambio de miras superó el examen de la Corte Constitucional.[13] En efecto, los demandantes alegaban que no bastaba con esclarecer patrones macrocriminales, sino que era necesario dilucidar la verdad completa y detallada sobre las condiciones de modo, tiempo y lugar que rodearon la comisión de cada delito.

Para la Corte Constitucional, estos cambios en el paradigma investigativo se ajustaban a los estándares internacionales vigentes en materia de persecución de crímenes de sistema y, así mismo, no vulneraban los derechos de las víctimas a la verdad ni a la igualdad.

Por último, valga aclarar que el esclarecimiento de patrones criminales de forma alguna se opone a que uno o varios crímenes que hacen parte del mismo

---

10 Fiscalía General de la Nación, Resolución 1810 de 2012.

11 *Gaceta del Congreso* 690 de 2011.

12 *Ibid.*, p. 9.

13 Corte Constitucional, Sentencia C-694 de 2015, M. P. Alberto Rojas Ríos.

logren ser plenamente dilucidados, a manera, precisamente, de casos emblemáticos o ilustrativos del patrón criminal.

Debates y balance de la aplicación de la técnica de los patrones criminales en Justicia y Paz

El cambio de paradigma investigativo en Justicia y Paz, mediante la implementación de la técnica de las investigaciones penales contextuales soportadas sobre patrones macrocriminales, llevó a varios debates en torno a su definición, elementos característicos, identificación y utilidad, así como a sus aspectos probatorios. En estas controversias también terciaron la Sala de Casación Penal de la CSJ y la Corte Constitucional. Veamos.

En cuanto al concepto de "patrón criminal", la magistratura de Justicia y Paz ha entendido que se trata de

> … un conjunto de actividades criminales, prácticas y modos de actuación criminal que se desarrollan de manera *repetida* en un determinado territorio y durante un *período* de tiempo determinado, de los cuales se pueden deducir los elementos esenciales de las *políticas* y planes implementados por el grupo armado organizado al margen de la ley responsable de los mismos.[14] (Énfasis agregado)

En lo que atañe a la técnica de identificación o reconstrucción de patrones, la magistratura de Justicia y Paz consideró que era necesario tener en cuenta los siguientes elementos:

A. Un patrón debe ser de *fácil reconocimiento*, lo que significa, que debe contar con las fuentes de información y las herramientas de *procesamiento de datos* que permitan verificar empíricamente su existencia.
B. Un patrón debe identificar las diferentes circunstancias de tiempo, modo y lugar en el que se presenta. Esto implica abordar perspectivas multicausales en el análisis de los comportamientos criminales de las estructuras armadas que se acogen a los beneficios de la justicia transicional.
C. Un patrón debe operar en el ámbito de estructuras sociales, políticas y económicas, y no a nivel de individuos aislados. Esto presupone por ejemplo, que la identificación de patrones de comportamiento criminal, deben enfocar su atención tanto en los roles de cada grupo social que es victimizado dentro de un contexto de conflicto armado, así como las lógicas de violencia a nivel del grupo armado ilegal. Es decir que la unidad de análisis de los patrones de criminalidad no debe ser la víctima en su manera singular sino la víctima dentro de un contexto de relaciones sociales, políticas y económicas. Por ello se debe analizar la interacción de los diferentes comandantes y patrulleros bajo ciertos códigos de lenguaje y reglas organizacionales, y no analizar su accionar de manera aislada. (Énfasis agregado)[15]

[14] Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala de Justicia y Paz, Sentencia de 8 de abril de 2021, M. P. Uldi Teresa Jiménez López, p. 71; Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala de Justicia y Paz, Sentencia de 24 de marzo de 2020, M. P. Alexandra Valencia Molina, p. 9.

[15] Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala de Justicia y Paz, Sentencia 01 de septiembre de 2014, Rad. 11001-22-52000-2014-00019-00, M. P. Eduardo Castellanos Roso, p. 538.

De manera complementaria, en el escenario de la justicia transicional, se entendió que los patrones macrocriminales se reconstruyen aplicando los métodos cualitativos (p. ej., entrevistas, grupos focales con víctimas y victimarios, fuentes documentales, etc.); y cuantitativos (p. ej., análisis estadístico de datos, correlaciones, regresiones, etc.).[16]

A manera de síntesis, la magistratura de Justicia y Paz señaló que al momento de intentar validar ante aquella la existencia de patrones criminales deben tomarse en cuenta por parte de la FGN aspectos como:

> (i) No se trata solo de *agrupar* delitos o hechos criminales, sino de analizar los macroelementos de las conductas y prácticas de los patrones delictivos; (ii) se debe correlacionar las *diversas variables* de un patrón; (iii) es necesario analizar de forma independiente los elementos del patrón criminal que pudiera conducir a la realización de delitos y la conexidad o el concurso entre estos; (iv) es preciso construir una "*muestra*" que cumpla con los requisitos de representatividad y confiabilidad que establece este tipo de trabajo; y (v) se deben utilizar enfoques multidisciplinarios.[17] (Énfasis agregado)

Aquello que los jueces transicionales denominan una "muestra" podría ser entendido como un conjunto de casos emblemáticos, quizás los más esclarecidos, que ilustren la existencia del patrón criminal.

Cabe señalar que, en ocasiones, la magistratura cuestionó la construcción de patrones criminales por parte de la FGN, debido a cinco motivos: "los métodos utilizados, la falta de análisis contextual, el estándar probatorio basado únicamente en la versión de los postulados, el señalamiento a las víctimas de pertenecer a la subversión y la configuración de la política, la práctica, el *modus operandi* y la dimensión del daño".[18]

En lo atinente a los objetivos buscados mediante el reconocimiento de unos patrones macrocriminales, los magistrados de Justicia y Paz han señalado que mediante estos se busca:

> La identificación del patrón de macrocriminalidad permite concentrar los esfuerzos de investigación en los *máximos responsables* del desarrollo o realización de un plan criminal y contribuye a develar la estructura y *modus operandi* del grupo armado organizado al margen de la ley, así como las relaciones que hicieron posible su operación.[19] (Énfasis agregado)

---

16 *Idem*.

17 *Ibid*., pp. 561-564.

18 Liliana Chaparro Moreno, Cecilia Barraza Morelle, Marcela Rodríguez Cuéllar y Laura Velásquez Gil, "La violencia sexual y la justicia transicional en Colombia. Análisis de la violencia sexual como parte del patrón de macrocriminalidad de violencia basada en género en las sentencias de Justicia y Paz (2010-2021)", *Revista Derecho Penal y Criminología*, v. 43, n.° 114, 2022, p. 23.

19 Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala de Justicia y Paz, Sentencia de 8 de abril de 2021, Rad. 11001225200020160055 2, M. P. Uldi Teresa Jiménez López, p. 72.

La JEP: la consolidación de las estrategias de enjuiciamiento de la macrocriminalidad

Los criterios de priorización

A semejanza del proceso de Justicia y Paz, la JEP debe enfrentar el reto de la *masividad*, característica inherente a la macrocriminalidad. Al momento de escribir estas líneas, 13.928 personas se han acogido a la JEP: 9.875 antiguos integrantes de las FARC; 3.869 miembros de la Fuerza Pública, y 184 agentes del Estado y terceros. En otras palabras, aproximadamente tres veces más individuos que aquellos sometidos a Justicia y Paz, por la comisión de cerca de 230.000 delitos.

Si bien es cierto que la JEP debe transitar por un camino que en parte ya fue recorrido por Justicia y Paz, en especial, en relación con los debates sobre la imperiosa necesidad de la priorización de situaciones y casos, también lo es que debe asumir desafíos inéditos, tales como:

- Investigar simultáneamente, y con un criterio de simetría, a una organización ilegal (FARC) y otra legal (Fuerza Pública). Cada una de ellas con estructuras, funcionamientos, controles, mandos, protagonistas e historias diferentes, aunque cruzadas en la práctica.
- Determinar la responsabilidad de los terceros que se sometan a la JEP, así como agentes estatales no integrantes de la Fuerza Pública, cuya eventual participación en los crímenes guarda, en la mayoría de los casos, relación con estructuras paramilitares.
- Contar con un marco jurídico extenso y complejo, en el cual concurren fuentes del derecho internacional e interno.
- Gestionar beneficios condicionados, provisionales y definitivos para los actores del conflicto armado, tarea que no asumió Justicia y Paz.
- Administrar dos modelos de justicia: restaurativa y retributiva.
- Contar con una estructura orgánica compleja y, al mismo tiempo, insuficiente para administrar justicia en tan poco tiempo.
- Implementar la técnica de la selección de casos.

A semejanza de la FGN, la JEP adoptó en 2018 un documento titulado *Criterios y metodología de priorización de casos y situaciones en la Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas*. A lo largo del texto, se precisa que tales conceptos no son exactamente iguales a aquellos manejados por la CPI y la FGN.

Según el documento aprobado por la Sala de Reconocimiento, la *situación* está definida en términos de parámetros temporales y territoriales "y de estas pueden emerger casos a medida que se avanza en la investigación", en tanto que los casos "están definidos en términos de parámetros personales, asociando a

individuos y a grupos de individuos la responsabilidad por los planes, políticas y patrones de macro-criminalidad competencia de la SRVR".

En el mismo documento se establecen claras diferencias entre priorización y selección de casos, fundadas en que la segunda comporta una extinción de la acción penal, para los hechos delictivos que no resulten ser más graves y representativos. Así mismo, se aclara que "mientras que la priorización es una estrategia de gestión del trabajo que busca determinar en qué orden se investiga en función de criterios estratégicos, la selección es un mecanismo para establecer cuáles asuntos se procesan y cuáles se descartan".

Cabe señalar que los criterios de priorización acogidos por la Sala de Reconocimiento guardan un cierto paralelismo con aquellos que, en su momento, aprobó la FGN en su Directiva 01 de 2012.

En tal sentido, se establecen unas diferencias entre los criterios subjetivos y objetivos de impacto.

El criterio subjetivo de impacto toma en consideración:

- La condición de vulnerabilidad de las víctimas en razón de su origen étnico e identidad racial, sexo y género, orientación sexual e identidad de género, edad, niñez y adolescencia, condición de discapacidad, condición de pobreza, rol social de la víctima derivado de patrones históricos, sociales y culturales de discriminación, y ausencia o debilidad consuetudinaria de las instituciones estatales en el territorio afectado.
- El impacto diferenciado en los pueblos étnicos y sus territorios, en especial cuando los daños colectivos e individuales ponen en riesgo de exterminio físico y cultural, riesgo de extinción y pervivencia a los sujetos colectivos de derechos.
- El impacto diferenciado en otros sujetos colectivos como las comunidades campesinas y sus territorios, las organizaciones sociales, comunitarias, sindicales y políticas.
- La representatividad de los presuntos responsables. La participación determinante de los presuntos responsables en los patrones de macrocriminalidad, planes o políticas asociados a los casos y situaciones de competencia de la Sala de Reconocimiento. Esta participación representativa no se determina por la pertenencia a la cúpula de una estructura armada, ni por pertenecer a la misma, sino que se deriva de un examen de la comisión de los hechos mismos.[20]

El *criterio objetivo del impacto*, a su vez, toma en cuenta:

[20] JEP, *Criterios y metodología de priorización de casos y situaciones en la Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas*, Bogotá, JEP, 2018, pp. 11-12.

- La gravedad de los hechos que, por su modalidad, duración o sus efectos afectan más gravemente los derechos fundamentales individuales y colectivos en términos de intensidad de la violencia, sistematicidad, masividad, daños o impactos generados.
- La magnitud de la victimización en términos de número de afectaciones directas e indirectas, duración en el tiempo de los hechos victimizantes, así como extensión y concentración de los mismos en un territorio determinado.[21]

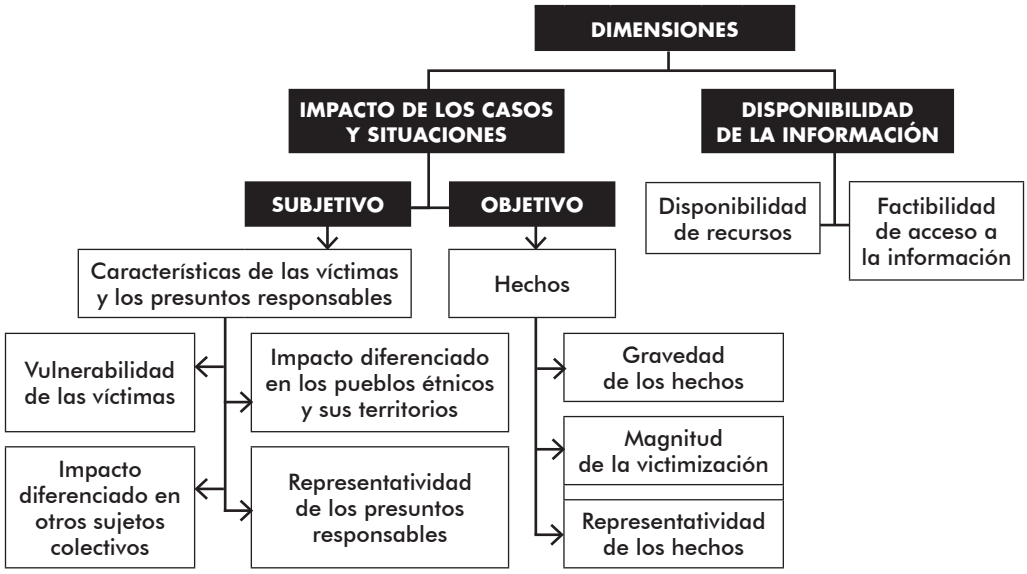
De igual forma, se plantea la existencia de un *criterio complementario de disponibilidad de la información*, haciendo dos precisiones:

- Por tratarse de un parámetro complementario, tendrá menos peso que los criterios subjetivo y objetivo.
- Cuando se trate de casos relacionados con violencia de género, especialmente, violencia sexual, al aplicar los criterios de disponibilidad, viabilidad y acceso a la información se deberán considerar las dificultades especiales de acceso y recaudo de información derivadas.

Gráficamente, los criterios de priorización pueden ser representados como se observa en la figura 2.

La Sala de Reconocimiento adoptó unos *Elementos objetivos de medición*, aplicables a cada uno de los criterios de priorización señalados.

FIGURA 2. CRITERIOS DE PRIORIZACIÓN



[21] *Ibid.*, pp. 1-13.

Una vez acordados los criterios de priorización, la Sala de Reconocimiento deberá fijar una agenda, es decir, un instrumento que determine el calendario de atención de los respectivos asuntos. Para ello, por mandato constitucional, será necesario tomar en consideración el tratamiento simultáneo y simétrico entre agentes del Estado e integrantes de las desmovilizadas FARC.

Por último, aunque no menos importante, la construcción de los contextos en la JEP tendrá que partir del listado de comparecientes. En otras palabras, sea que se parta de una organización (FARC o Fuerza Pública) o de un territorio, el listado de conductas criminales más graves y representativas deberá cruzarse con la lista de comparecientes.

A manera de síntesis, y para mayor claridad conceptual, en la tabla 2 se presentan las diferencias entre la priorización y la selección, según la JEP.

TABLA 2. SÍNTESIS DE LAS DIFERENCIAS ENTRE LA PRIORIZACIÓN Y LA SELECCIÓN

PRIORIZACIÓN	SELECCIÓN
Ayuda a organizar las investigaciones mediante el cruce de variables (territorio, tiempo, víctimas, victimarios, delitos).	Permite diferenciar entre quienes tuvieron una participación determinante en los delitos y quienes no.
No extingue la acción penal.	Permite la renuncia condicionada de la acción penal.
No tiene reserva legal.	Reserva de ley estatutaria.
Informe, aplicación de criterios de priorización, construcción de un macrocaso.	Auto de Determinación de Hechos y Conductas y Resolución de conclusiones.
La decisión no admite recursos.	La decisión admite recursos.

Fuente: elaboración propia.

En pocas palabras, la priorización es una técnica que sirve para organizar altos volúmenes de información, con base en el cruce de diversas variables (temporales, territoriales, calidad de la víctima y del victimario, *modus operandi*, tipo de delito, etc.), lo cual permite construir macrocasos. Por el contrario, la selección, que tiene lugar con posterioridad, una vez recibidas las versiones, las observaciones de las víctimas y efectuada la contrastación, es decir, el Auto de Determinación de Hechos y Conductas, es una herramienta que permite diferenciar entre quienes son máximos responsables, por liderazgo o participación determinante, en relación con la comisión de los crímenes internacionales y quienes solo prestaron una ayuda o cometieron delitos menores. La selección tiene incidencia en el *quantum* de la sanción propia o restaurativa.

Aquellos que resulten seleccionados deberán decidir si aceptan su responsabilidad y hacen un aporte a verdad plena (caso en cual se harán merecedores de una sanción propia entre 5 y 8 años) o si no la aceptan, caso en cual se someterán a una investigación, acusación y juicio oral, del cual podrán

terminar absueltos o condenados a penas privativas de la libertad entre 15 y 20 años. Por el contrario, quienes no resulten seleccionados serán remitidos a la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas, a efectos de que, a cambio de un aporte a la verdad plena, reciban un tratamiento penal más benigno, bien sea una sanción propia reducida (entre 3 y 5 años) o la renuncia condicionada al ejercicio de la acción penal.

Las técnicas de priorización

En materia de priorización es preciso diferenciar entre los criterios y las técnicas. Los primeros son de carácter abstracto, teórico y vinculados con principios constitucionales, en especial, aquellos de igualdad de trato y acceso a la administración de justicia; las segundas son más de carácter operativo y permiten enfocar las investigaciones sobre determinados asuntos o regiones. Unos y otras son complementarios.

La JEP viene empleando dos técnicas de priorización: temática y territorial. La primera se estructura sobre el cruce de dos variables: organización y tipo de delito. Gráficamente, la ruta se observa en la figura 3.

FIGURA 3. LA TÉCNICA DE LA PRIORIZACIÓN TEMÁTICA



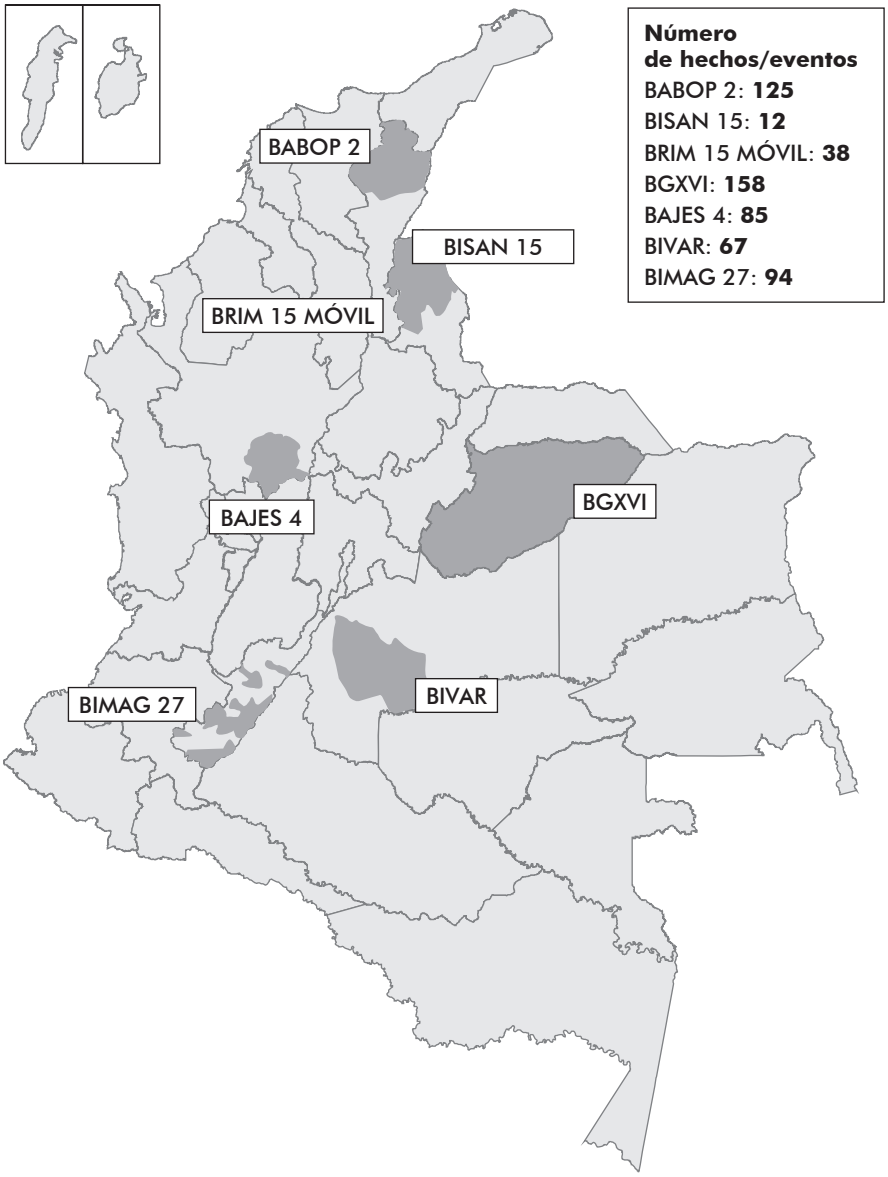
Fuente: Elaboración propia.

Como puede advertirse, la priorización temática parte de la escogencia de una variedad de delitos, para luego cruzarla con un periodo de tiempo, una calidad de víctima, un patrón de criminalidad y finalmente, llegar a un grupo de victimarios, listado que deberá ser contrastado con aquel de comparecientes ante la JEP, a efectos de ser llamados a versiones.

Una vez recibidas las versiones y contrastadas todas las pruebas e informaciones, se expedirá un auto de determinación de hechos y conductas (ADHC), providencia que se asemeja a una imputación fáctica y jurídica, en la cual se invitará a quienes son considerados máximos responsables, por liderazgo o participación determinante (selección), a aceptar responsabilidad (caso en el cual transitarán por un proceso restaurativo); o a negarla (situación en la que se someterán a la justicia retributiva, es decir, serán investigados y acusados por la UIA ante el Tribunal para la Paz).

Esta metodología viene siendo aplicada en la JEP para los macrocasos de secuestro, reclutamiento de niños y niñas, ejecuciones extrajudiciales y victimización de integrantes de la UP, es decir, casos considerados nacionales. De igual manera, pueden delimitarse situaciones o subcasos, enmarcados temporal y

MAPA 1. DENSIDAD DE HECHOS/EVENTOS MIPCBC CASO 003 JEP

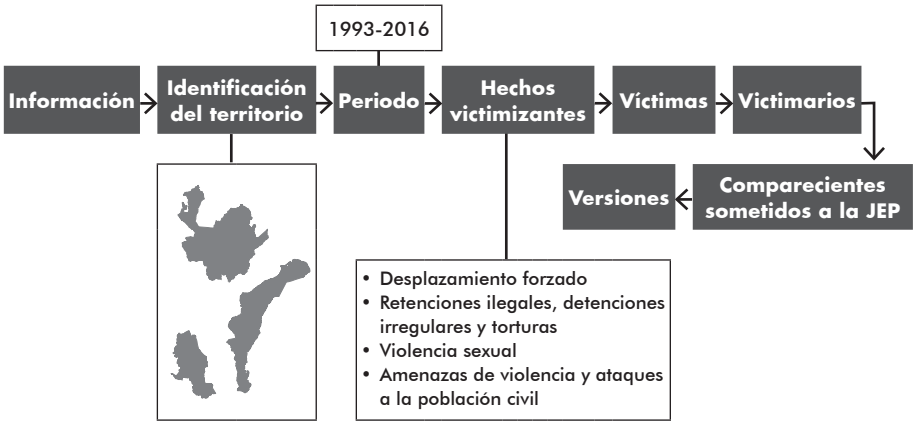


geográficamente, así como por unidades militares, tal y como sucede en el Caso 03, sin que por ello se pierda la perspectiva nacional (mapa 1).

La ruta de la priorización territorial, por su parte, puede ser graficada como se observa en la figura 4.

En la priorización territorial se selecciona un espacio, se cruza con un periodo de tiempo, se ubican los hechos más graves y representativos, se identifican organizaciones responsables, y dentro de ellas, a los máximos responsables.

FIGURA 4. TÉCNICA DE LA PRIORIZACIÓN TERRITORIAL



Fuente: Elaboración propia.

Acto seguido, se contrasta tal información con el listado de comparecientes ante la JEP y se les cita a versiones voluntarias. Posteriormente, se expedirá el correspondiente ADHC, providencia en la cual se realiza una *selección positiva*.

Hasta el presente, la JEP ha priorizado los territorios de Urabá, el norte del Cauca y una parte del departamento de Nariño.

También es posible que se terminen cruzando un caso nacional con uno territorial. Lo anterior sucedió con el caso emblemático del cementerio Las Mercedes en Dabeiba (Antioquia), donde confluyeron los macrocasos 03 y 04.

Patrones criminales identificados por la JEP en los macrocasos

La reconstrucción de los patrones criminales ha sido fundamental para el trabajo de la JEP. La aplicación de esta técnica investigativa le permitirá a la justicia transicional:

- Asociar un elevado número de delitos de diversa naturaleza. Así, por ejemplo, en el Caso 01 se trata de más de 21.000 secuestros perpetrados por las FARC, a los cuales se les vincularon desapariciones forzadas, violencia sexual, actos de esclavitud, entre otros.
- A los máximos responsables (personas seleccionadas) se les imputa su responsabilidad en la planeación, ejecución y encubrimiento de unos patrones macrocriminales y no solo una sumatoria inconexa de crímenes.
- El esclarecimiento de patrones ayuda a comprender las macrovictimizaciones.
- La reconstrucción de patrones ayuda a determinar las formas de autoría y participación más acordes con lo sucedido.
- Las víctimas no solo conocen los detalles de los delitos que sufrieron, sino la existencia de conexiones con muchos más, lo cual explica, de mejor manera, su propia victimización.

- En un macroproceso por violencia sexual durante el conflicto armado, los patrones criminales, o su ausencia, ayudarían a establecer si nos encontramos ante escenarios de delitos ocasionales, una práctica de la organización o una política de esta. En el primer caso se trataría de crímenes imputables a los autores materiales; en el segundo, de una responsabilidad del mando por omisión; y en el tercero, de una por acción de los superiores jerárquicos.

A continuación, se relacionan los patrones macrocriminales identificados hasta el momento por la JEP:

En el Caso 01,[22] referente a los secuestros perpetrados por las FARC, la JEP identificó, entre otros, los siguientes patrones:

- Las FARC-EP adoptaron, entre 1982 y 2012, la política de privar de la libertad a civiles para financiar sus operaciones mediante el pago para obtener la libertad.
- Las FARC-EP tenían una política de privar de la libertad a civiles, así como a militares y policías puestos fuera de combate, para forzar un intercambio por guerrilleros presos.
- Las FARC-EP tenían como política privar de la libertad a civiles como parte de sus dinámicas de control social y territorial.

En el subcaso Catatumbo,[23] referente a ejecuciones extrajudiciales seguidas de desapariciones forzadas (Caso de los jóvenes de Soacha), la Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas (SRVR) identificó un patrón criminal consistente en el asesinato de civiles y su presentación como "bajas en combate", debido a la presión por resultados por parte de los miembros de la Brigada Móvil 15 (BRIM15) y el Batallón de Infantería Francisco de Paula Santander (Bisan) durante 2007 y 2008. Dichos asesinatos fueron ejecutados mediante dos modalidades (figura 5).

A su vez, en el subcaso Costa Caribe,[24] la JEP consideró que, entre enero de 2002 y julio de 2005, integrantes del Batallón La Popa incurrieron en una práctica generalizada y a gran escala consistente en la presentación de resultados operacionales ficticios, al hacer pasar como bajas en combate a personas asesinadas en estado de indefensión. Al respecto, identificaron dos patrones criminales:

El *primer patrón*, orientado a presentar como resultados operacionales a personas asesinadas fuera de combate, fue motivado por señalamientos de

[22] Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas, ADHC 019 de 26 de enero de 2021.

[23] Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Condutas, ADHC 125 de 2021.

[24] Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas, ADHC 128 del 7 de julio de 2021.

FIGURA 5.

PRIMERA MODALIDAD



El asesinato de los habitantes del área rural del Catatumbo y su presentación como bajas en combate por parte de los miembros de la BRIM15 y el Bisan durante 2007 y 2008.

SEGUNDA MODALIDAD



La desaparición forzada y el asesinato de jóvenes engañados para ser trasladados al Catatumbo con el fin de presentarlos como bajas en combate por parte de los miembros de la BRIM15 durante 2007 y 2008.

las víctimas como pertenecientes a grupos armados ilegales o de delincuencia común. Aquellos se dieron en el contexto de una alianza entre miembros del Ejército Nacional y paramilitares del bloque norte de las AUC, antes de su desmovilización.

En el *segundo patrón*, un grupo de miembros del Ejército Nacional, motivados por el interés de seguir presentando bajas en combate y responder a las presiones por resultados operacionales, asesinaron a civiles sin ningún señalamiento previo, con el único fin de ofrecer resultados operacionales ficticios. Miembros de varios pelotones del Batallón La Popa, incluso acudiendo al engaño y al traslado de personas de otras ciudades, buscaron a sus víctimas entre personas que creían no serían extrañadas, entre otras, aquellas que pudieran asociar con criminalidad, personas en situación de calle o consumidores problemáticos de drogas y trabajadores informales.

En el caso conjunto del cementerio Las Mercedes de Dabeiba,[25] la JEP identificó los siguientes patrones macrocriminales:

> El *primer patrón* determinado se refiere a un conjunto de homicidios (repetidos y uniformes) perpetrados contra personas puestas fuera de combate (desmovilizados), así como asesinatos de víctimas señaladas previamente como auxiliadores, informantes o milicianos de la guerrilla, con la finalidad de *exterminar al enemigo* identificado a partir de un *prejuicio insurgente* sobre los campesinos de la región, entre los años 1997 y 2005. Lo anterior, en un contexto de estrechas alianzas entre agentes estatales e integrantes de grupos paramilitares, con un trasfondo de presión por resultados operacionales, así como por el tráfico de armas y drogas por la región de Urabá.
>
> El *segundo patrón* hallado en Dabeiba coincide con el señalado en el subcaso Norte de Santander y el segundo del subcaso Costa Caribe del Caso 03, y demuestra hechos repetidos y uniformes de homicidio contra civiles, de nuevo, con el fin de presentar resultados operacionales y demostrar control territorial, entre los años 2005 y 2007, en un contexto de desmovilización de grupos paramilitares. Las víctimas que no eran consideradas enemigas fueron percibidas como "desechables y fungibles", traídas

[25] Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas, ADHC 01 del 11 de julio de 2022.

bajo engaño y trasladadas en transportes intermunicipales desde Turbo, Medellín y otras localidades, hasta el lugar donde se les daría muerte.

El *tercer patrón criminal* determinado, *de carácter autónomo* y *transversal*, se encuentra conformado por un amplio espectro de hechos repetidos y uniformes de *desaparición forzada* perpetrados en los cementerios de Dabeiba e Ituango, durante muchos años (el primer crimen esclarecido data de 1982, y los demás casos promedian los 20 años), con la finalidad inmediata de encubrir los homicidios cuya ilegalidad es conocida por sus autores, impidiendo la identificación de las víctimas y con el propósito estratégico de preservar el prestigio de la institución castrense y reforzar la idea de control territorial. El ocultamiento de cadáveres en cementerios municipales incluyó: i) la ausencia de levantamiento de aquellos por la autoridad judicial correspondiente; ii) graves irregularidades durante la práctica de las necropsias; iii) los archivos sumarios de investigaciones preliminares por parte de la justicia penal militar; iv) la falta de resultados o de investigaciones en lo disciplinario y; v) la ausencia de investigación ante la justicia ordinaria.

Como puede advertirse, una importante diferencia en materia de comprensión y reconstrucción de los patrones macrocriminales entre el proceso de Justicia y Paz y la JEP consiste en que mientras que en el primero aquellos se estructuran con base en tipos penales (p. ej., homicidio, desaparición forzada, etc.), en el segundo se adelanta con fundamento en los planes criminales, abarcando por tanto delitos de diferente naturaleza, pero conectados finalísticamente.

A modo de conclusión

La principal conclusión apunta a que los dos procesos de justicia transicional que actualmente se adelantan en Colombia, a pesar de contar con comparecientes distintos y hechos victimizantes diferentes, comparten metodologías investigativas muy similares: priorización, procesamiento de datos, cruces de variables, construcción de contextos, reconstrucción de patrones criminales, macroimputaciones, entre otras.

En tal sentido, quizá la principal diferencia consiste en que en el escenario de Justicia y Paz, por patrones macrocriminales se entienden los tipos penales (p. ej., patrón de homicidio en persona protegida) o un grupo de ellos (p. ej., violencias basadas en género), en tanto que en la JEP los patrones reagrupan múltiples delitos vinculados con los planes criminales (p. ej., Las FARC-EP adoptaron, entre 1982 y 2012, la política de privar de la libertad a civiles para financiar sus operaciones mediante el pago para obtener la libertad).

Por último, al momento de establecer responsabilidades penales individuales, será importante determinar el papel que cumplió el compareciente en relación con el patrón macrocriminal. Así, un máximo responsable por liderazgo será aquel que ideó, planeó, puso en marcha o controló el respectivo patrón, en tanto que un responsable por participación determinante será aquel que cumplió un rol fundamental para la debida ejecución del patrón.

Bibliografía

Libros y artículos especializados

Ambos, Kai e Ignaz Stegmiller, "Investigando crímenes internacionales ante la Corte Penal Internacional, ¿existe una estrategia de enjuiciamiento coherente y comprehensiva?", *Revista Derecho Penal*, n.º 32, 2013.

Bergsmo, Morten (ed.), "The theme of selection and prioritization criteria and why it is relevan", *Criteria for prioritizing and selecting core international crimes cases*, Oslo, Torkel Opsahl Academic Publisher, 2010.

Chaparro Moreno, Liliana, Cecilia Barraza Morelle, Marcela Rodríguez Cuéllar y Laura Velásquez Gil, "La violencia sexual y la justicia transicional en Colombia. Análisis de la violencia sexual como parte del patrón de macrocriminalidad de violencia basada en género en las sentencias de Justicia y Paz (2010-2021)", *Revista Derecho Penal y Criminología*, v. 43, n.° 114, 2022.

De Greiff, Pablo, *Human Rights Council, Report of the Special Rapporteur on the Promotion of Truth, Justice, Reparation and Guarantees of non-Recurrence*, A/HRC/27/56, 2014.

Faraldo, Patricia, Responsabilidad penal del dirigente en estructuras jerárquicas, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2003.

Fiscalía General de la Nación, *La priorización. Memorias de los talleres para la construcción de los criterios del nuevo sistema de investigación penal*, Bogotá, FGN, 2013.

Fiscalía General de la Nación, *Caja de herramientas. Guía práctica para la priorización*, Cartilla 5, Bogotá, Doble Uno Publicidad, 2015.

Gaceta del Congreso 690 de 2011.

JEP, *Criterios y metodología de priorización de casos y situaciones en la Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas*, Bogotá, JEP, 2018.

JEP, *Manual para la participación de las víctimas ante la Jurisdicción Especial para la Paz*, Bogotá, JEP, 2020.

López, Diego, "Recomendaciones para la elaboración de estrategias de priorización de casos en el marco de la Ley de Justicia y Paz", *International Law*: *Revista Colombiana de Derecho Internacional*, n.º 17, 2010.

Oficina de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACNUDH), *Rule of Law Tools for Post-Conflict States: Prosecution Initiatives*, Nueva York-Ginebra, ONU, 2006.

Pizarro Leongómez, Eduardo, *Cinco años de la Ley de Justicia y Paz: balance de una experiencia inédita*, 2010. Disponible en: https://agenciadenoticias.unal.edu.co/detalle/cinco-anos-de-la-ley-de-justicia-y-paz-balance-de-una-experiencia-inedita.

UIA, *Silenciando la verdad. Un diagnóstico de los patrones de violencia letal que afectan a los excombatientes de las FARC-EP en Colombia (2017- 2020)*, Bogotá, JEP, 2020.

Jurisprudencia

Congreso de la República, Acto Legislativo 1 de 2017, por medio del cual se crea un título de disposiciones transitorias de la Constitución para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera y se dictan otras disposiciones, *Diario Oficial* 50.196 de 4 de abril de 2017.

Congreso de la República, Acto Legislativo 02 de 2017, por medio del cual se adiciona un artículo transitorio a la Constitución con el propósito de dar estabilidad y seguridad jurídica al Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera, *Diario Oficial* 50.230 de 11 de mayo de 2017.

Congreso de la República, Ley 742 de 2002, por medio de la cual se aprueba el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, hecho en Roma, el día diecisiete (17) de julio de mil novecientos noventa y ocho (1998), *Diario Oficial* 44.826 de 17 de junio de 2010.

Congreso de la República, Ley 1922 de 2018, por medio de la cual se adoptan unas reglas de procedimiento para la Jurisdicción Especial para la Paz, *Diario Oficial* 50.658 de 18 de julio de 2018.

Congreso de la República, Ley 1957 de 2019 Estatutaria de la Administración de Justicia en la Jurisdicción Especial para la Paz, *Diario Oficial* 50.976 de 6 de junio de 2019.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia de 9 de julio de 2014, Acción de reparación directa, Radicado 52001-23-31-000-2001-01217-01(30823), C. P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

Corte Constitucional, Sentencia C-694 de 11 de noviembre de 2015, M. P. Alberto Rojas Ríos.

Corte Constitucional, Sentencia C-674 de 14 de noviembre de 2017, M. P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

Corte Constitucional, Sentencia T-733 de 15 de diciembre de 2017, M. P. Alberto Rojas Ríos.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Auto de 28 de mayo de 2008, Rad. 29.560, M. P. Augusto Ibáñez Guzmán.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia de 25 de noviembre de 2015, Rad. 45463, M. P. José Luis Barceló Camacho.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia de 23 de noviembre de 2016, Rad. 44312, M. P. Fernando Alberto Castro Caballero.

ICC, Caso The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, ICC-01/04-01/06, 14 de marzo de 2012. Disponible en: https://www.icc-cpi. int/CourtRecords/CR2012_03942.Pdf.

JEP, Sección de Ausencia de Reconocimiento de Verdad y de Responsabilidad de los Hechos y Conductas, Auto AT-184-2020, Solicitud de elaboración de un informe a la UIA sobre victimización de excombatientes de las FARC.

JEP - Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas, Auto 019 de 26 de enero de 2021, Determinación de Hechos y Conductas atribuibles a los antiguos miembros del Secretariado de las FARC-EP por toma de rehenes y otras privaciones graves de la libertad y ponerlos a su disposición.

JEP - Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas, Auto 125 de 2 de julio de 2021, Determinación de Hechos y Conductas ocurridos en el Catatumbo durante el 2007 y el 2008, atribuibles a miembros de la BRIM15, el BISAN y a terceros civiles, y ponerlos a su disposición a efectos del reconocimiento de su responsabilidad.

JEP - Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas, Auto 128 de 7 de julio de 2021, Determinación de Hechos y Conductas ocurridas entre enero de 2002 y julio de 2005 atribuibles a algunos integrantes del Batallón de Artillería No. 2 "La Popa".

JEP - Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas, Auto 01 de 11 de julio de 2022, "Asesinatos y desapariciones forzadas en el cementerio Las Mercedes de Dabeiba, Antioquia, perpetrados por miembros de la Fuerza Pública entre 1997 y 2007".

Fiscalía General de la Nación, Directiva 0001 del 4 de octubre de 2012, por medio de la cual se adoptan unos criterios de priorización de situaciones y casos, y se crea un nuevo sistema de investigación penal y de gestión de aquellos en la Fiscalía General de la Nación. Disponible en: https://www.fiscalia.gov.co/colombia/wp-content/uploads/Directiva-No-0001-del-4-de-octubre-de-2012.pdf.

Presidencia de la República de Colombia, Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera del 24 de noviembre de 2016.

Presidencia de la República de Colombia, Decreto 3011 del 26 de diciembre de 2013, por el cual se reglamentan las Leyes 975 de 2005, 1448 de 2011 y 1592 de 2012, *Diario Oficial* 49.016 de 27 de diciembre de 2013.

Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala de Justicia y Paz, Sentencia de 21 de mayo de 2021, Rad. 11001600025320130014 4, M. P. Alexandra Valencia Molina.

Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala de Justicia y Paz, Sentencia de 8 de abril de 2021, Rad. 11001225200020160055 2, M. P. Uldi Teresa Jiménez López.

Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala de Justicia y Paz, Sentencia de 24 de marzo de 2020, Rad. 11001600025320150007 2, M. P. Alexandra Valencia Molina.

Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala de Justicia y Paz, Sentencia de 1 de septiembre de 2014, Rad. 11001225200020140001900, M. P. Eduardo Castellanos Roso.

Tribunal Superior de Bogotá, Sala de Justicia y Paz, Sentencia de 1 de septiembre de 2014, Rad. 11001-22-52000-2014-00019-00, M. P. Eduardo Castellanos Roso.

3

Verdad y reconocimiento en la JEP: el caso de la Fuerza Pública

‹**CATALINA DÍAZ**› Magistrada de la Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas
‹**LINA MARÍA MORENO**› Magistrada auxiliar de la JEP
‹**SANDRA MILENA SANTA**› Magistrada auxiliar de la JEP

Resumen: Uno de los mayores logros de la JEP es la alta tasa de reconocimiento de responsabilidad: 89%. 120 máximos responsables de 149 imputados han manifestado reconocer su responsabilidad penal individual por su participación en crímenes de guerra y de lesa humanidad. Entre los imputados están todos los sobrevivientes del último secretariado de las antiguas FARC-EP, 8 generales y 24 coroneles del Ejército Nacional. ¿Cuáles han sido los factores clave del éxito de la investigación judicial en la JEP? ¿Cómo se ha logrado la contribución a la verdad y el reconocimiento de responsabilidad penal individual de los comparecientes? Para responder estas preguntas, el artículo explica cómo la Sala de Reconocimiento entreteje los incentivos del arreglo legal de justicia transicional colombiano con una apuesta robusta por la justicia restaurativa; describe y analiza la participación activa de las víctimas, deteniéndose en los hitos procesales: las versiones voluntarias, la audiencia pública de observaciones y la audiencia pública de reconocimiento; concluye con una reflexión sobre el fenómeno comunicativo de las 6,402 víctimas de falsos positivos y la apropiación social de la verdad judicial, así como sobre el desafío de realinear el proceso judicial y el diálogo restaurativo de cara a la imposición de las sanciones propias.

Palabras clave: justicia transicional; justicia restaurativa; proceso dialógico.

Abstract: This article presents a general balance of results within the framework of the first five macro cases opened by the JEP: criminal charges were brought against 149 top officials –including all surviving members of the former FARC-EP's last secretariat, 8 generals and 24 colonels in the National Army– for their participation in war crimes and crimes against humanity; a rate of 89% for recognition of responsibility: 100% in the case of the former FARC-EP and 86% in the case of the Public Force and other state agents. The article explains how the SRVRDH interweaves the incentives of the Colombian transitional justice legal arrangement with a robust commitment to restorative justice in recognition proceedings at the JEP, describes and analyzes the active participation of victims within the framework of the appearing parties' voluntary statements, the public hearings of observations and of recognition of truth and responsibility. Finally, it includes a reflection on the communicative phenomenon of the 6,402 'false positives' victims, the social appropriation of judicial truth and the challenge of realigning the judicial process and restorative dialogue in the face of the imposition of sanctions.

Keywords: Restorative justice; restorative dialogue; recognition of truth and responsibility; judicial truth; victim participation.

Introducción

La Jurisdicción Especial para la Paz (JEP) tiene dos grandes mandatos. De una parte, investigar, juzgar y sancionar a los máximos responsables de los crímenes más graves y representativos cometidos durante el conflicto armado interno en Colombia y, de otra, resolver la situación jurídica de todos aquellos que, habiendo participado en hechos criminales asociados con la guerra, se acojan a la JEP. Son dos caras de la misma moneda de la justicia transicional: la rendición de cuentas de los máximos responsables es el anverso de la solución no sancionatoria de la situación jurídica de miles de combatientes rasos y mandos bajos y medios cuya reincorporación a la sociedad con plenos derechos es parte esencial de la consolidación de la paz. Los órganos de la JEP y sus respectivos procesos fueron diseñados en función del cumplimiento de dichos mandatos. Mientras la Sala de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad se concentra en la investigación de los crímenes más graves y en establecer quiénes fueron los máximos responsables, promoviendo el reconocimiento de la verdad y la responsabilidad, las salas de Amnistía e Indulto (SAI) y de Definición de la Situación Jurídica resuelven definitivamente la situación jurídica de quienes no son máximos responsables (la SAI también amnistía los delitos políticos y conexos de los máximos responsables). Este artículo examina una cara de la moneda –el proceso de reconocimiento de los máximos responsables, especialmente el caso de la Fuerza Pública–.

Tras seis años de funcionamiento (2018-2024), es posible afirmar que la JEP efectivamente está haciendo justicia respecto de los crímenes más graves y representativos del conflicto armado interno colombiano. El arreglo de justicia transicional pactado entre el Gobierno nacional y la antigua guerrilla de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia-Ejército del Pueblo (FARC-EP) en el Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera en 2016, refrendado por el Congreso de la República y vertido en actos legislativos, leyes estatutarias y ordinarias, y revisado (y modificado parcialmente) por la Corte Constitucional, está demostrando ser exitoso. Esto en un contexto de restricciones severas propias de los procesos de justicia transicional –restricciones políticas, institucionales, presupuestales, de recursos humanos y de estricta temporalidad–.

La JEP ha logrado esclarecer y explicar varios de los patrones macrocriminales más graves y representativos de nuestra guerra. Hemos esclarecido la política de toma de rehenes y graves privaciones de la libertad de las antiguas FARC-EP y empezado a esclarecer la política guerrillera de control del territorio y la población en dos territorios críticos: el andén pacífico nariñense y el Cauca y Valle del Cauca indígena y afrocolombiano. Respecto de los crímenes cometidos por agentes del Estado y miembros de la Fuerza Pública, hemos esclarecido el patrón macrocriminal de asesinatos y desapariciones forzadas

cometidas con el propósito de presentar a las víctimas como bajas en combate y sus vínculos con la política de conteo de cuerpos (*bodycount*) y de incentivos positivos y negativos para la presentación de resultados operacionales "bajas" (popularmente conocido como "falsos positivos").

En el marco de los cinco primeros macrocasos abiertos en la Sala de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad (SRVR), hemos identificado e imputado penalmente a 149 máximos responsables:[1] 43 antiguos combatientes de las extintas FARC-EP, 102 miembros de la Fuerza Pública, un agente del antiguo Departamento Administrativo de Seguridad (DAS) y 3 civiles terceros reclutadores que se asociaron criminalmente con estos últimos. Entre los imputados se encuentran todos los antiguos miembros sobrevivientes del último Secretariado de las FARC-EP, varios comandantes de bloque de dicha guerrilla, 8 generales y 24 coroneles del Ejército Nacional. Uno de los mayores logros de la JEP es la alta tasa de reconocimiento de responsabilidad: 89%; 100% en el caso de las antiguas FARC-EP y 86% en el caso de Fuerza Pública y otros agentes del Estado. De los 149 comparecientes imputados, 120 han manifestado reconocer su responsabilidad penal individual en los términos de la imputación.[2] Otro de los éxitos más celebrados de la JEP ha sido promover los reconocimientos de responsabilidad en audiencias públicas televisadas y transmitidas ampliamente,

---

1 JEP - Sala de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad, Autos de Determinación de Hechos y Conductas: en el marco del Caso 01 que investiga la toma de rehenes y las graves privaciones de la libertad por parte de las antiguas FARC-EP, autos 19 del 26 de enero de 2021 y 01 de 11 de julio de 2022; en el marco del Caso 03 que investiga los asesinatos y las desapariciones forzadas cometidas por agentes del Estado para presentar a las víctimas como bajas en combate, autos 125 de 2 de julio de 2021, 128 de 07 de julio de 2021, SUB D-055 de 14 de julio de 2022, subsalas D y F 01 de 11 de julio de 2022 (en conjunto con el Caso 04 que investiga los crímenes cometidos en el Urabá antioqueño y chocoano), SUB D-062 de 30 de agosto de 2023, SUB D-081 de 20 de noviembre de 2023; en el marco del Caso 02 sobre los crímenes de guerra y de lesa humanidad cometidos en el Andén pacífico nariñense, Auto 03 de 5 de julio de 2023; y en el marco del Caso 05 que investiga los crímenes cometidos en el Cauca y Valle del Cauca contra indígenas y afro, Auto 01 de 1 de febrero de 2023.

2 Catorce comparecientes imputados no han reconocido su responsabilidad y, por lo tanto, conforme a la ley, se han remitido a la Unidad de Investigación y Acusación de la JEP (UIA) para lo de su competencia: en el marco del Caso 01 que investiga la toma de rehenes y las graves privaciones de la libertad por parte de las antiguas FARC-EP, con la Resolución 01 de 2021 se remitió al político caqueteño Luis Fernando Almario Rojas; en el marco del Caso 03 que investiga los asesinatos y las desapariciones forzadas cometidas por agentes del Estado para presentar a las víctimas como bajas en combate, con la Resolución 02 de 2021 se remitió al coronel retirado Publio Hernán Mejía; con la Resolución 03 de 2021 al teniente coronel retirado Juan Carlos Figueroa Suárez; con la Resolución 04 de 2021 al coronel retirado José Pastor Ruiz Mahecha; con el Auto de las subsalas D y F 02 de 2022 al coronel en retiro David Herley Guzmán Ramírez; con el Auto de la SUB D-043 de 2023 a Germán León Durán y Cipriano Peña Chivatá; con el Auto de las subsalas D y F 01 de 2024 al coronel Jorge Alberto Amor Paz; con el Auto 25 de 2024 al coronel en retiro Iván Darío Pineda Recuero, y con el Auto de la SUB D-23 de 2024 a cinco generales en retiro: Miguel Ernesto Pérez Guarnizo, Jaime Alfonso Lasprilla, William Fernando Pérez, Marcos Evangelista Pinto y Fernando Moncayo Guancha. Mediante Auto OPV 494 de 2023, la SRVR solicitó la preclusión del proceso seguido en contra del compareciente Cipriano Peña Chivatá, debido a su fallecimiento.

con la activa participación de las víctimas.[3] La JEP se ha esforzado por poner en el centro de la agenda pública las verdades esclarecidas y los reconocimientos de responsabilidad, y así ha logrado nutrir y cualificar el debate público, confrontar y disminuir el negacionismo y ampliar la esfera pública democrática.

¿Cuáles han sido los factores claves del éxito de la investigación judicial en la JEP? ¿Cómo se ha logrado la contribución a la verdad y el reconocimiento de responsabilidad penal individual de los comparecientes? Este artículo se propone explicar los factores determinantes del éxito en la investigación judicial en la JEP en su fase dialógica y cómo se han materializado los incentivos del arreglo legal de justicia transicional para lograr el reconocimiento de la responsabilidad penal individual del 89% de los comparecientes imputados. Nos enfocamos aquí especialmente en el caso de los agentes del Estado y el patrón macrocriminal de los asesinatos y desapariciones forzadas conocidos como "falsos positivos". Este trabajo se fundamenta en nuestra experiencia de seis años en la instrucción de los macrocasos en la SRVR, y en el análisis comparado con el proceso penal especial de Justicia y Paz en Colombia y otras experiencias de justicia transicional en otros países del mundo.

Incentivos legales y un proceso robusto de justicia restaurativa

El éxito de la JEP en el esclarecimiento de la verdad de los patrones macrocriminales y en la alta tasa de reconocimiento de responsabilidad de los máximos responsables imputados es el resultado de varios elementos: por una parte, de un uso inteligente del sistema de incentivos que está en el corazón del arreglo de justicia transicional colombiano[4] y de la solidez y rigor probatorio, y por otra y de manera notable, del proceso de justicia restaurativa que la SRVR ha creado y puesto en marcha.

[3] En el marco del Caso 01 se han adelantado dos audiencias públicas de reconocimiento de verdad y responsabilidad: en la ciudad de Bogotá, 21, 22 y 23 de junio de 2023, con todos los antiguos miembros sobrevivientes del último secretariado de la extinta guerrilla de las FARC-EP; y en la ciudad de Ibagué, 26 de abril de 2024, con los comparecientes imputados que hicieron parte del antiguo Comando Conjunto Central de dicha guerrilla. En el marco del Caso 03 han tenido lugar cuatro audiencias públicas de reconocimiento de verdad y responsabilidad: Ocaña, 26 y 27 de abril de 2022; Valledupar, 18 y 19 de julio de 2022; Dabeiba, 27 y 28 de junio de 2023 (en conjunto con el Caso 04 que investiga los crímenes cometidos en el Urabá antioqueño y chocoano); y Yopal, 18 de septiembre de 2023. Respecto de los subcasos Antioquia (primer periodo investigado 2002 y 2003) y Huila, 11 y 30 comparecientes respectivamente, han reconocido su responsabilidad por escrito en la oportunidad procesal para el efecto. Las audiencias públicas de reconocimiento se convocarán en los próximos meses.

[4] Catalina Díaz Gomez, "La Jurisdicción Especial para la Paz: paz negociada, reconocimiento de las víctimas y rendición de cuentas", en Danilo Rojas Betancourth (ed.) *La JEP vista por sus jueces*, Bogotá, JEP, 2019.

En el corazón del arreglo de justicia transicional colombiano está la idea de que los distintos beneficios legales para los antiguos combatientes –guerrilleros o de las tropas oficiales del Estado– que participaron en crímenes no amnistiables y que hacen posible la transición de la guerra a la construcción de la paz están sujetos a una serie de condiciones para la contribución a la satisfacción de los derechos de las víctimas. Si bien la apuesta del Acuerdo de Paz fue que tanto los excombatientes guerrilleros como los miembros de la Fuerza Pública privados de la libertad pudieran recuperarla y participar en libertad en los procesos judiciales en la JEP, asegurar y conservar dicha libertad está sujeto a una serie de condiciones. La primera condición, de ser llamado, es comparecer ante la JEP y contribuir al esclarecimiento de la verdad y a la reparación de las víctimas.

Así, conseguir y mantener la libertad ha operado efectivamente como un poderoso incentivo para comparecer ante la JEP. Varios comparecientes antiguos integrantes de la Fuerza Pública han expresado en diligencias de versión voluntaria que el Acuerdo Final de Paz y la JEP son "una segunda oportunidad en la vida", refiriéndose a los años que pasaron en prisión y a su intención de contribuir con la verdad. Ven casi como un milagro haber recuperado la libertad después de haber sido condenados a largas penas de prisión por los asesinatos y las desapariciones forzadas en que participaron. Refieren que honrarán sus compromisos con la justicia especial antes que volver a la cárcel.

Ahora, estos seis años de operación del proceso dialógico en esta jurisdicción especial han demostrado que existen otros poderosos incentivos para que los antiguos miembros de la Fuerza Pública acudan a la JEP y contribuyan efectivamente al esclarecimiento de la verdad. Algunos comparecientes han manifestado que ellos terminaron pagando con su libertad las consecuencias de las decisiones y actuaciones de sus superiores, y que esta es la oportunidad para que se haga justicia y para que quienes son los verdaderos máximos responsables "paguen" sus faltas. Otros han expresado que decir la verdad es liberador y contribuye a sanarlos a ellos mismos y a alcanzar su "paz interior". Muchos han referido que padecen trastornos de ansiedad y depresión, pesadillas, visiones y delirios asociados a la culpa por los crímenes cometidos.

En una profunda y bella crónica sobre las confesiones en sus versiones voluntarias de un sargento, un teniente y un soldado del Ejército Nacional, comparecientes del Caso 03, los profesores Iván Orozco, Laly Peralta y Gonzalo Sánchez refieren cómo el teniente que participó en el asesinato de uno de los muchachos engañados en Soacha y trasladado hasta el Catatumbo para ser presentado falsamente como baja en combate, "habla de romper el nudo que le asfixia la garganta, de la necesidad que siente de liberarse del secreto que oculta su alma":

> Hoy estoy quitándome un nudo en la garganta, en el pecho, en el alma, de poder desahogarme, de poder pedir perdón, pero un perdón desde el fondo de mi corazón [lo dice en tono de súplica], un perdón desde el fondo de mi alma, porque fallé, porque le fallé a esa señora al hacerle eso a su hijo, a su familia, porque le fallé a mi familia, porque mi familia siempre ha creído en mí.[5]

Sin embargo, por efectivos que sean los incentivos legales, el reconocimiento de la verdad y la responsabilidad no sucede automáticamente ni en el vacío. Cuando ocurre, se trata de un proceso incremental que va sucediendo a lo largo del diálogo entre el juez, los comparecientes, las víctimas y el Ministerio Público. La aproximación a la justicia restaurativa en la SRVR comienza con una nueva actitud de parte de las magistradas y todos los equipos, tanto de los despachos como de la Secretaría Ejecutiva, hacia los comparecientes. Esta nueva actitud busca restablecer su condición y dignidad humanas, devolviéndoles los elementos básicos de la humanidad. En la narrativa de la guerra, los comparecientes fueron construidos como monstruos, sicópatas, la encarnación del terror y del mal absoluto. El juez de la transición les retorna los rasgos básicos que les quitó la narrativa de la guerra: la racionalidad, la empatía, la compasión, la solidaridad y, así, su capacidad de reflexión sobre sus acciones criminales, de sentir vergüenza y expresarla, y de comprender las consecuencias devastadoras de sus decisiones y de sus actos sobre los demás. Esta nueva actitud del juez de la transición en la SRVR permea las distintas etapas procesales y es claramente distinguida por los comparecientes como nueva y especial, muy distinta a las formas y el *rictus* del proceso penal en la justicia ordinaria.

La comprensión y puesta sobre la mesa del contexto en el cual los perpetradores cometieron los crímenes es fundamental en el proceso dialógico que promueve el reconocimiento de responsabilidad. El contexto en el que ocurrieron los crímenes es al mismo tiempo un elemento clave para el esclarecimiento de la verdad. Cuando el juez de la transición pone sobre la mesa del diálogo la dinámica de la guerra, las políticas institucionales, las estrategias y tácticas militares, le abre paso a la posibilidad del reconocimiento de las acciones criminales por parte del compareciente. Esto porque en el contexto aparece la racionalidad de la acción criminal, más allá de su monstruosidad. Sucede lo mismo a propósito del carácter de patrón en que se inscribe la acción criminal. Ver que se trató de miles de conductas iguales que compartían un propósito estratégico allana también el camino al reconocimiento de la responsabilidad.

Para comprender la racionalidad criminal –y así el porqué de los crímenes– es indispensable conocer y comprender el contexto. En su estudio sobre las

[5] Iván Orozco, Laly Catalina Peralta y Gonzalo Sánchez, *Tres Soldados de a pie confiesan sus crímenes: reflexiones sobre la escena judicial transicional*, Bogotá, Seminario Permanente de Justicia Verdad y Memoria, Universidad del Rosario, 2023.

confesiones en la JEP, Iván Orozco, Laly Peralta y Gonzalo Sánchez dan cuenta también de la importancia que tiene el contexto a la hora del reconocimiento de responsabilidad. Reportan que, en un seminario académico con varios militares comparecientes; ante la JEP, discutiendo sobre las diferencias entre esta justicia especial y la justicia ordinaria, los militares narraban que confesar en un escenario de diálogo alivia y permite "explicar el contexto y se pueden mostrar matices", "Que lo traten a uno como persona mejora el modo como se informan las cosas. Sin presiones uno confiesa más fácilmente, cuenta lo sucedido con más claridad". Los autores refieren cómo frente a la "verdad jurídica" y estrecha de la ordinaria, que trataba de partida a los militares como derrotados y culpables, ellos ponían la "verdad real" de la JEP que los escucha y facilita los aportes de esclarecimiento en ese encuentro a la vez temido y deseado con las víctimas.[6]

La importancia de llevar el contexto a la construcción dialógica de la verdad no tiene solo que ver con allanar el camino del perpetrador al reconocimiento de su responsabilidad, sino de ofrecerles a las víctimas y a la sociedad una explicación de lo ocurrido. Una explicación que le dé sentido a lo que se experimentó como horror puro. La SRVR se ha propuesto un esclarecimiento robusto que trasciende la mera descripción de los crímenes para intentar explicar las razones. La Sala ha tratado de comprender y de explicarle al país cómo los crímenes se insertaron en las dinámicas de la guerra y en los propósitos estratégicos y tácticos de sus protagonistas.

Aprendiendo de las lecciones del proceso penal especial de Justicia y Paz, y siguiendo la jurisprudencia de la Corte Constitucional y las enseñanzas de la doctrina especializada en la materia, el esclarecimiento de los crímenes que hemos hecho trasciende su comprensión como hechos individuales y aislados. Hemos determinado en todos los casos que se trató de patrones macrocriminales que explican miles, literalmente, de crímenes individuales. En el caso de toma de rehenes y graves privaciones de la libertad por parte de las antiguas FARC, la SRVR determinó que se trató de por lo menos 21.000 secuestros.[7] En el caso de asesinatos y desapariciones forzadas perpetradas por agentes de Estado para presentar a las víctimas como bajas en combate hemos determinado que se trató de por lo menos 6.402 víctimas.[8] En el caso de reclutamiento y utilización de niños y niñas por parte de las FARC, la SRVR encontró que se trató de por lo menos 18.667 víctimas.[9] En el caso de persecución y exterminio

---

6 Iván Orozco, Laly Catalina Peralta y Gonzalo Sánchez, "Recuperar el buen nombre, la dignidad y la palabra", *La audiencia por falsos positivos en Ocaña*, 2023.

7 JEP - Sala de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad, Auto 19 de 26 de enero de 2021, párrafo 73.

8 JEP - Sala de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad, Auto 033 de 12 de febrero de 2021, párrafos 14 y 25.

9 JEP - Sala de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad, Auto 159 de 04 de agosto de 2021, párrafos 11, 15 y 24.

contra la UP, determinamos que hubo por lo menos 5.733 víctimas asesinadas o desaparecidas forzadamente.[10]

Nuestro punto aquí sobre cómo el éxito del proceso con reconocimiento en la JEP (89% de comparecientes imputados han reconocido responsabilidad) ha dependido de la mezcla del uso inteligente de los incentivos legales del arreglo de justicia transicional (libertad anticipada a cambio de "verdad plena, detallada y exhaustiva") y de una aproximación robusta a la justicia restaurativa, coincide con los hallazgos de Orozco, Peralta y Sánchez.[11] En su observación sistemática de las confesiones de los militares encuentran que estos se mueven al mismo tiempo por cálculos racionales en el marco del sistema legal de incentivos positivos y negativos, y por su "necesidad de explicar y explicarse a sí mismos su quiebre moral para recuperar su dignidad y humanidad":

> Los tres actores de la escena están movidos, de manera inocultable, por cálculos específicos de economía punitiva; exhiben capacidades expresivas y narrativas contrastantes, y confrontan retos muy exigentes, personales e institucionales, que les permiten dar razón del quiebre moral que sufrieron durante la guerra, pero, al mismo tiempo, de su necesidad de explicar y explicarse a sí mismos ese quiebre para atenuar la condena social y la condena judicial y, en últimas, para recuperar su dignidad y su humanidad extraviadas.

La participación activa de las víctimas

Un factor clave del éxito de la investigación judicial en el proceso dialógico y de la alta tasa de reconocimiento de responsabilidad ha sido la promoción de la activa participación de las víctimas. Los aportes de las víctimas han sido, sin duda, importantes a lo largo de la investigación para esclarecer lo ocurrido. Pero su presencia y su voz han sido determinantes en el proceso dialógico para interpelar, humanizar y catalizar la vergüenza y el reconocimiento de los comparecientes. La SRVR se ha esforzado por poner a las víctimas en el centro de su proceso restaurativo. Es decir, en el centro del proceso dialógico de esclarecimiento de la verdad y de rendición de cuentas por parte de los máximos responsables y otros partícipes sobre los crímenes cometidos.

La ley delineó en términos muy generales el proceso con reconocimiento –su concepción y diseño concreto ha sido obra de la SRVR, al igual que la metodología de investigación. De hecho, aprendiendo de las lecciones del proceso penal especial de Justicia y Paz, el marco conceptual del que partimos es que el tránsito por el proceso judicial en sí mismo puede ser una fuente de satisfacción y reparación para las víctimas o puede convertirse en una experiencia de frustración y revictimización. Recordando cada uno de los elementos de la

[10] JEP - Sala de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad, Auto 072 de 07 de abril de 2022, párrafo 107.

[11] Orozco, Peralta y Sánchez, *Tres soldados de a pie confiesan sus crímenes*, *op. cit*.

participación de las víctimas en el proceso penal especial de Justicia y Paz, la SRVR se ha propuesto ofrecerles a las víctimas una experiencia satisfactoria y reparadora.

La JEP se ha esforzado por garantizar el acceso a la información y una orientación jurídica adecuada, el acompañamiento psicosocial, una representación judicial de buena calidad, un trato cuidadoso y respetuoso. Hemos construido e implementado un enfoque diferencial de género, étnico, de familia y generación. Incluso, nos atreveríamos a decir que a lo largo del proceso judicial, las víctimas han ido encontrando y construyendo, o fortaleciendo, otras identidades y hoy varias de ellas son reconocidas lideresas, agentes de transformación, mujeres empoderadas y voces públicas.[12]

La SRVR ha abordado la participación de las víctimas en el proceso a través de dos carriles paralelos y simultáneos. De una parte, la participación de los abogados representantes judiciales de las víctimas, en su mayoría a través de memoriales técnico-legales escritos. Pero la Sala no ha limitado la participación de las víctimas a un intercambio escritural técnico-legal entre sus representantes legales y los jueces. A partir de una aproximación robusta a la justicia restaurativa, la sala ha decidido que las víctimas directamente sean protagonistas del proceso. La SRVR se ha esforzado por permitirles expresar su voz directamente a las víctimas sobrevivientes y a las madres, padres, compañeras, compañeros, hijos, hijas, hermanas, hermanos y otros familiares de las personas asesinadas o desaparecidas. Así, trascendiendo la escena de la justicia penal ordinaria, en el proceso dialógico de la JEP, las víctimas mismas, junto con los comparecientes, se han convertido en los protagonistas del proceso judicial.

Tanto las víctimas directamente como sus representantes judiciales participan en los tres momentos procesales fundamentales con reconocimiento en la SRVR: las versiones voluntarias, las audiencias públicas de observaciones y las audiencias públicas de reconocimiento de verdad y responsabilidad. Estos escenarios procesales y la manera en que se concreta la participación de las víctimas en cada uno de ellos han sido objeto de significativa creación judicial por parte de la Sala.[13] De hecho, la participación directa de las víctimas en las versiones voluntarias, la audiencia pública de presentación de observaciones y la audiencia pública de reconocimiento de verdad y responsabilidad no estaban previstas expresamente en la ley. Fueron creadas en la jurisprudencia de la Sala, así como lo fue el Auto de Determinación de Hechos y Conductas (ADHC)

[12] Ver, entre muchos otros ejemplos, la publicación conjunta de las Madres de Falsos Positivos (Mafapo) y el Ministerio de Cultura, *Un monumento posible: 6.402 razones para no olvidar*, lanzada en la Feria del Libro de Bogotá en 2024.

[13] Ejemplo de ellos, JEP - Sala de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad, autos 080 de 29 de mayo de 2019, 030 de 23 de febrero de 2022, 21 de febrero de 2022, OPV 316 de 26 de julio de 2023, CDG 184 de 22 de noviembre de 2023.

por el cual la SRVR establece y describe los patrones de macrocriminalidad, califica jurídicamente las conductas, selecciona a los máximos responsables y les imputa la responsabilidad penal que les cabe. Estos ADHC se convierten así en una suerte de términos de referencia para el reconocimiento de la verdad y la responsabilidad.

En las versiones voluntarias de los comparecientes

Durante su primer año de operación, hasta mayo de 2019, la participación de las víctimas en las versiones voluntarias ante la SRVR consistía, de una parte, en la participación de sus representantes judiciales en las diligencias y, de otra, en el traslado posterior de las grabaciones audiovisuales de las versiones a las víctimas y sus abogados para que pudieran presentar sus observaciones a lo relatado por los presuntos responsables. Con suficiente anterioridad, se les comunicaba el cronograma de las diligencias para que pudieran remitir por escrito a la Sala las preguntas que querían que los jueces formularan a los comparecientes. Por su parte, los abogados, en su mayoría asociados a las organizaciones no gubernamentales de derechos humanos con mayor trayectoria en el país, hacían preguntas oralmente a los comparecientes en los espacios que fijaban los magistrados dentro de las diligencias, y en la oportunidad procesal dispuesta para el efecto, presentaban observaciones escritas a las versiones.

La SRVR había determinado que este sería el mecanismo de participación teniendo especialmente en cuenta el principio de acción sin daño y precaviendo las consecuencias de un muy temprano "cara a cara" entre víctimas y perpetradores. Esto, además, siguiendo textualmente lo establecido en la Ley de Procedimiento de la JEP, que incluye en el artículo 27D dentro de los derechos de las víctimas: "con posterioridad a la recepción de versiones voluntarias, presentar observaciones a estas".

Esta aproximación cambió de manera importante con la expedición del Auto 080 de 2019, por medio del cual la SRVR decidió ir más allá de lo establecido en la Ley 1922 y ampliar la participación de las víctimas en las versiones voluntarias, que corresponde a la primera etapa del proceso dialógico. El 16 de mayo de 2019, tres representantes de víctimas interpusieron recurso de reposición en contra del auto que convocaba a versión voluntaria al coronel Luis Fernando Campuzano Vásquez, quien se desempeñó como comandante de operaciones (S3) del Batallón de Artillería No. 2, La Popa del Ejército Nacional entre el 6 de junio de 2005 y diciembre de 2007, reclamando insistentemente que las víctimas estaban listas para participar directamente en las diligencias, además de sus representantes legales.[14]

[14] Por medio de este recurso los representantes señalaron: "Reiteramos a la SRVR nuestra solicitud de reconsiderar en esta fase procesal el derecho que le asiste a las víctimas y sus representantes de participar de manera directa en la versión voluntaria que rendirá el compareciente

Por medio del Auto 080 del 28 de mayo de 2019, la SRVR resolvió el asunto, dando un paso significativo hacia una mayor participación directa de las víctimas. La Sala se enfrentó, por primera vez, al dilema de la definición del alcance de la participación de las víctimas en el marco del proceso con reconocimiento en la JEP, escenario en el cual la SRVR entiende que debe garantizar, al mismo tiempo, el carácter restaurativo de las diligencias y actuaciones procesales en las que intervienen las víctimas y se relacionan con los presuntos perpetradores y, por otro lado, promover el reconocimiento y esclarecimiento de la verdad de los responsables en el marco del principio dialógico. No era entonces un asunto fácil de resolver: por una parte, existía el riesgo de que la participación directa de las víctimas en las versiones voluntarias transformara ese escenario en un encuentro "cara a cara" entre ellas y sus presuntos victimarios, sin que la jurisdicción conociera de antemano si el compareciente tenía o no disposición restaurativa. Por otra, la intervención directa de las víctimas y sus representantes interpelando y cuestionando a los comparecientes podría convertir la diligencia en un interrogatorio adversarial, aun tratándose del primer acercamiento que la SRVR tiene con el compareciente.

Con el Auto 080 de 2019 la Sala adoptó una decisión en la que pondera y determina el alcance procedimental de la aplicación de tres pilares de la jurisdicción: el paradigma orientador de la justicia restaurativa que debe irradiar todos sus procedimientos y, en particular, el de la SRVR;[15] el principio esencial de la centralidad de las víctimas;[16] y la promoción de la construcción dialógica de la verdad[17] de manera temprana.[18] Para esto, primero, dejó claro que la centralidad de las víctimas

---

Luis Fernando Campuzano Vásquez, y en consecuencia solicitamos se autorice la presencia de los abogados en las versiones voluntarias y se disponga de una sala de audiencias para que las víctimas puedan observar la retransmisión de la versión voluntaria, y en caso tal, aportar nuevos interrogantes para que le sean formulados al compareciente" (Recurso de Reposición presentado por Harold A. Vargas Hortua, Sebastián Escobar Uribe y Sebastián David Bojacá, Sustentación Recurso de reposición contra el Auto 062 de 09 de mayo de 2019. Disponible en Sistema de Gestión Documental conti: 20191510192032, p. 6).

[15] Acuerdo Final, Acto Legislativo 01 de 2017, artículo 1, numeral 6 y Proyecto de Ley Estatutaria de Administración de Justicia, artículo 4.

[16] Acto Legislativo 01 de 2017, artículo transitorio 12, que establece en su parágrafo: "Las normas que regirán la Jurisdicción Especial de Paz, incluirán 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 JEP con medidas diferenciales y especiales para quienes se consideren sujetos de especial protección constitucional. Igualmente, deberán garantizar los principios de tratamiento penal especial condicionado a la garantía de los derechos de las víctimas, centralidad de las víctimas, integralidad, debido proceso, no regresividad en el reconocimiento de derechos y enfoque diferencial y de género".

[17] Ley 1922, artículo 1.

[18] Acuerdo Final, numeral 2 y Acto Legislativo 01 de 2017, artículo transitorio 5, que establecen los objetivos de la JEP; uno de ellos es "ofrecer verdad a la sociedad colombiana y proteger los derechos de las víctimas", y el Acuerdo Final, numeral 13, y el Acto Legislativo 01 de 2017, artículo transitorio 5, que establecen: "Para acceder al tratamiento especial previsto en el componente de Justicia del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición (SIVJRNR) es

como principio transversal de la JEP implica reconocerles espacios de participación a lo largo de todo el proceso, siendo necesario establecer momentos y escenarios diferenciados que garanticen el derecho a la participación, a la vez que prevengan cualquier tipo de revictimización o afectación de otros derechos, y que promuevan los fines del proceso restaurativo, según corresponda en cada etapa procesal. Esto, además, aprendiendo de las lecciones del proceso penal especial de Justicia y Paz, en el que encuentros prematuros entre víctimas y responsables llevaron a la insatisfacción de todas las partes del proceso.[19] La SRVR entendió que, como actor restaurativo, siendo la entidad que media entre los comparecientes y las víctimas, debía considerar el valor de cada etapa procesal en una lógica incremental a la luz de los objetivos esperados. Finalmente, desde el punto de vista del procedimiento, la Sala consideró que el carácter dialógico implica la construcción progresiva de escenarios de interlocución directa entre víctimas y comparecientes que promuevan el reconocimiento y superen en alguna medida la lógica propia de instancias judiciales ordinarias de tipo puramente adversarial, a las cuales pueden estar habituados tanto las víctimas como los comparecientes.

Por esto, y teniendo en cuenta que el artículo 27 (cláusula de conveniencia razonada) faculta a la SRVR para adoptar las medidas que estime oportunas e idóneas para promover la construcción dialógica de la verdad entre los sujetos procesales e intervinientes, decidió que las víctimas podrían participar en la diligencia en una "sala espejo", previa inscripción y cumplimiento de unas condiciones particulares que mitigaran los riesgos previstos. De acuerdo con la SRVR, permitir la participación de las víctimas en las versiones voluntarias,

necesario *aportar verdad plena*, reparar a las víctimas y garantizar la no repetición. Aportar verdad plena significa relatar, cuando se disponga de los elementos para ello, de manera exhaustiva y detallada las conductas cometidas y las circunstancias de su comisión, así como las informaciones necesarias y suficientes para atribuir responsabilidades, para así garantizar la satisfacción de los derechos de las víctimas a la reparación y a la no repetición".

[19] La experiencia de Justicia y Paz ilustra perfectamente estos riesgos de victimización. Al respecto, el Centro Nacional de Memoria Histórica señaló: "En los primeros años del proceso [Justicia y Paz], los postulados, en vez de confesar un 'homicidio', confesaban haber 'dado de baja a colaboradores de la guerrilla'. Se autorrepresentaban como combatientes en la misma medida en que nombraban a sus víctimas como guerrilleras o colaboradores de la guerrilla. En todo caso, no nombraban a las víctimas como población civil indefensa. // […] De acuerdo con un informe escrito por la ONG Dejusticia sobre el proceso de Justicia y Paz en Colombia: // 'Esto resultaba ser especialmente lesivo para las víctimas por varias razones. En primer lugar, este tipo de declaraciones contribuye a desdibujar lo ocurrido y constituye prácticamente una negación de las atrocidades cometidas. En segundo lugar, las víctimas que asisten a las audiencias, además de soportar la dureza de los relatos y confrontar su pasado, deben soportar que no se haga justicia con el nombre de sus familiares o de ellas mismas. Estas situaciones tienden a crear posibilidades concretas de revictimización" (Guzmán *et al*., Las víctimas y la justicia, 112)'"(Centro Nacional de Memoria Histórica, *Justicia y Paz: ¿verdad judicial o verdad histórica?*, Bogotá, CNMH, 2012, pp. 507-508. Disponible en: http://centrodememoriahistorica.gov.co/descargas/informes2012/verdad_judicial_verdad_historica.pdf).

podría redundar en una mayor satisfacción de su derecho a la verdad y constituiría un paso adicional en la dirección de la construcción dialógica de la verdad de manera temprana y, así, se honraría en mayor medida el principio esencial de la centralidad de las víctimas.[20]

En la decisión, la SRVR se dio a la tarea de formular una serie de pautas para reducir los riesgos asociados, de una parte, al impacto emocional que podrían sufrir las víctimas al encontrarse "cara a cara" con los responsables antes de que hubiera un reconocimiento de responsabilidad en una etapa inicial del proceso y, de otra, a la repercusión en el aporte a la verdad que espontáneamente pudiera hacer el compareciente si los representantes de víctimas hacían sus intervenciones sin tener en cuenta la naturaleza y los objetivos dialógicos de la diligencia. Dichas pautas fueron las siguientes: i) las víctimas contarían con acompañamiento psicosocial y participarían a través de una "sala espejo" de la sala principal, viendo en tiempo real el desarrollo de la versión y enviando sus preguntas a sus representantes para que fueran ellos quienes se las hicieran al compareciente ingresando a la sala principal en el momento que determinaran los magistrados, y ii) se adelantarían reuniones preparatorias entre los abogados de las víctimas, el Ministerio Público y el abogado del compareciente para recordar los propósitos de la diligencia y la importancia de salvaguardar la naturaleza dialógica de la misma.

En la audiencia pública de presentación de observaciones

El segundo momento procesal en el cual las víctimas participan directamente es la audiencia pública de presentación de observaciones. La ley de procedimiento de la JEP dispone que las víctimas con interés directo y legítimo tendrán derecho a aportar pruebas y a presentar observaciones a las versiones voluntarias.[21]

En este sentido, la lógica del proceso es que después de escuchar en versión voluntaria a los comparecientes, el juez escuchará la visión de las víctimas sobre lo dicho por ellos. Conforme al tenor literal de la ley, la SRVR hubiera podido limitar la participación de las víctimas en este momento procesal a la recepción de observaciones escritas por parte de sus representantes judiciales. Sin embargo, considerando que la escucha directa de las víctimas por parte del juez constituye uno de los elementos centrales del potencial reparador del proceso judicial en sí mismo, y buscando que el proceso pudiera acercarse a ser realmente un diálogo restaurativo, la SRVR ideó la presentación de observaciones directa por parte de las víctimas (no sus representantes legales) en audiencia

[20] JEP - Sala de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad, Auto 080 de 28 de mayo de 2019, p. 24.

[21] Congreso de la República de Colombia, Ley 1922 de 2018, artículo 27D, Por medio de la cual se adoptan unas reglas de procedimiento para la Jurisdicción Especial para la Paz, *Diario Oficial* 50.658 de 18 de julio de 2018.

pública. Estas audiencias públicas se han hecho en los territorios donde ocurrieron los crímenes y donde residen las víctimas.

Las audiencias públicas de presentación de observaciones se han convertido en un espacio muy importante de escucha a las víctimas en el proceso –no solo de sus opiniones sobre lo dicho por los comparecientes, sino de su perspectiva de los hechos ocurridos, los daños sufridos, la participación de los comparecientes, su valoración sobre si ellos están diciendo o no la verdad completa e incluso sobre cómo se sentirían reparadas y qué podrían hacer los responsables al respecto. La JEP se ha esforzado por que las audiencias públicas de observaciones sean transmitidas ampliamente y la voz de las víctimas escuchada por la sociedad. En efecto, estas han llamado la atención de los medios de comunicación que las han cubierto, lo que ha contribuido a que las víctimas sean conocidas y *reconocidas* por la sociedad. Ejemplo de ello fue el interés que generó en el público la primera audiencia de presentación oral de observaciones por parte de las víctimas realizada el 17 de octubre de 2019, en la cual la SRVR escuchó a las víctimas organizadas en Madres de Falsos Positivos (Mafapo) en el marco del subcaso Norte de Santander del Caso 03. De acuerdo con el Departamento de Comunicaciones de la JEP, la audiencia tuvo 7.224 visualizaciones y 37.591 visualizaciones más en youtube.

En el desarrollo del proceso con reconocimiento en la JEP, las víctimas han valorado cada vez más este espacio de participación y las audiencias de observaciones han ido ganando más importancia. Así, por ejemplo, la primera audiencia de observaciones del Caso 03[22] (Subcaso Norte de Santander) contó con la intervención oral de 13 familiares acreditados –en su inmensa mayoría las madres de los jóvenes reclutados en Soacha para ser asesinados en el Catatumbo–, la participación en el auditorio de 28 víctimas acreditadas más y tuvo un día de duración, mientras que la audiencia de observaciones más reciente del Caso 03[23] (Subcaso Antioquia I) contó con la intervención oral presencial o a través de video de 63 familiares, la participación en el auditorio de 223 víctimas acreditadas más y tuvo cuatro días de duración, dos en la ciudad de Medellín y dos en el municipio de Carmen de Viboral.

De acuerdo con la líder de Mafapo, Jacqueline Castillo, el conocimiento por parte de la sociedad de los llamados "falsos positivos", y el reconocimiento que ellas han ido adquiriendo, ha hecho que incluso más comparecientes se sumen al proceso de contribución a la verdad. En el marco de un conversatorio reciente sobre el futuro de la paz en Colombia, organizado por el Instituto de

[22] Audiencia de presentación oral de observaciones Subcaso Norte de Santander del Caso 03, 17 de octubre de 2019.

[23] Audiencia de presentación oral de observaciones Subcaso Antioquia, I periodo del Caso 03, 1, 2, 4 y 5 de marzo de 2024.

las Américas de la Universidad de Georgetown en la ciudad de Washington, Jacqueline explicó:

> El llamado a los comparecientes es un aporte a una verdad plena, sentimos en un comienzo que algunos de estos comparecientes tenían mucho temor de contar la verdad plena, se limitaban a contar la verdad que les convenía, pero luego del camino tan significativo de trabajo que ha llevado a cabo la JEP se ha ido desarrollando un mejor proceso para incluir más comparecientes. Gracias a que este fenómeno se está conociendo, a nosotras nos han ido contactando más comparecientes para darnos más información que ni siquiera habían sido llamados. También al nosotras, de alguna manera, pasar el informe a la JEP, otros fueron llamados y con el informe que ellos han dado se ha podido dar con el paradero de más víctimas.[24]

En la audiencia pública de reconocimiento de verdad y responsabilidad

Finalmente, el tercer hito procesal en la participación de las víctimas es la audiencia pública de reconocimiento de verdad y responsabilidad. De nuevo, como ocurre con las observaciones de las víctimas a las versiones voluntarias de los comparecientes, la ley de procedimiento de la JEP dispone lacónicamente que las organizaciones de víctimas tienen derecho a "asistir" a la audiencia pública de reconocimiento y "dentro de los 15 días hábiles posteriores presentar observaciones finales escritas sobre todos los aspectos concernientes a la Resolución de Conclusiones".[25] Así, en este caso, la Sala también hubiera podido limitarse a requerir el reconocimiento de los comparecientes imputados por escrito. Sin embargo, aprendiendo también del proceso penal especial de Justicia y Paz, de las experiencias comparadas de justicia transicional y de la teoría sobre el reconocimiento,[26] la SRVR decidió que el reconocimiento no podía limitarse a un intercambio escritural en términos técnico-legales, sino que debía suceder en audiencia pública con la activa participación de las víctimas. Pensando en lo que significaron las audiencias públicas en los procesos de justicia transicional de Sudáfrica y del Perú, entre otros, la Sala decidió apostar fuertemente por la puesta en escena pública del reconocimiento de verdad y responsabilidad, haciendo de las víctimas también protagonistas de esta.

Las audiencias públicas de reconocimiento de verdad y responsabilidad se han convertido en un instrumento muy poderoso para el reconocimiento por parte de la sociedad de lo ocurrido y de los crímenes que sufrieron las

---

[24] Georgetown Americas Institute, *Student Event: The Future of Pace*, 2024. Intervención Jacqueline Castillo, minuto 21:13.

[25] Ley 1922 de 2018, artículo 27D, numeral 5, cit.

[26] Pablo de Greiff, "The role of apologies in national reconciliation processes: On making trustworthy institutions trusted", en Mark Gibney *et al.* (eds.), *The Age of Apology*, University of Pennsylvania Press, 2008. Kieran McEvoy, Anna Bryson y Carine Placzek, *Apologies in Transitional Justice*, United Nations Special Rapporteur on the Promotion of Truth, Justice, Reparations and Guarantees of Non-recurrence, Belfast, Queen's University, 2019. Disponible en: https://apologies-abuses-past.org.uk/assets/uploads/UN_report_Apologies_in_Transitional_Justice-1.pdf.

víctimas. Ver y escuchar directamente de los perpetradores lo que hicieron, por qué lo hicieron, y cómo aprecian las consecuencias de sus actos en la vida de personas, familias, comunidad y de la sociedad entera ha funcionado como una suerte de terapia de choque frente a la tradicional indiferencia de la sociedad colombiana.

Desde la primera audiencia pública de reconocimiento de verdad y responsabilidad que tuvo lugar los días 26 y 27 de abril de 2022 en Ocaña, Norte de Santander (a la fecha, la SRVR ha realizado seis de estas audiencias en todo el país), estas han tenido muy amplia cobertura en los medios de comunicación locales, nacionales e incluso internacionales, y han sido objeto de análisis por parte varios escritores, columnistas y académicos destacados. Los profesores Iván Orozco, Laly Peralta y Gonzalo Sánchez publicaron una detallada crónica de la audiencia pública de Ocaña entretejida con su reflexión sobre la confesión en la escena judicial transicional.[27]

El mismo 26 de abril de 2022, el periódico *El Tiempo* tituló como una de sus noticias principales en su portal web: "´Asesiné cobardemente a civiles´: militares reconocen ´falsos positivos´". En el artículo, el periodista señaló: "Un hito histórico en la justicia transicional tiene lugar este martes 26 de abril en Ocaña, Norte de Santander. Por primera vez en los procesos de paz del mundo, los responsables de crímenes de guerra y lesa humanidad reconocen pública y personalmente –ante la sociedad, las víctimas y la justicia– su participación en estos delitos".[28] En este mismo sentido tituló el periódico *El Espectador*: "El inédito reconocimiento de militares por falsos positivos", resaltando el valor histórico de la audiencia pública en Ocaña, donde se expuso la existencia de una "aberrante estructura militar para mejorar las estadísticas de bajas".[29]

> Por su parte, el escritor Ricardo Silva Romero le dedicó su espacio semanal de opinión en el periódico *El Tiempo* a lo ocurrido en la audiencia. Tituló su columna, sencilla pero poderosamente, "Soacha", aludiendo al municipio vecino de la ciudad de Bogotá de donde los militares sacaron con engaños sobre oportunidades laborales a más de 20 jóvenes en condición de vulnerabilidad socioeconómica, para luego asesinarlos a sangre fría en el Catatumbo (Norte de Santander) y presentarlos falsamente como bajas en combate. Silva le dedicó su columna a las Madres de Soacha y a la política institucional de facto del *bodycount* (o conteo de cuerpos) develada por la JEP, exponiendo una serie de afirmaciones contundentes de los militares en la audiencia de reconocimiento: mientras ciertos militares aceptan su violencia en Ocaña, ante la JEP –´vengo a limpiar su nombre porque soy responsable de su detención´, ´les arrebaté la ilusión a los hijos y les desgarré el corazón a sus madres por tener contento a

[27] Orozco, Peralta y Sánchez, "Recuperar el buen nombre, la dignidad y la palabra", *op. cit.*

[28] Disponible en: https://www.eltiempo.com/justicia/jep-colombia/jep-falsos-positivos-que-reconocieron-militares-en-audiencia-667794.

[29] Disponible en: https://www.elespectador.com/colombia-20/jep-y-desaparecidos/falsos-positivos-primera-audiencia-de-reconocimiento-de-responsabilidad-de-militares-ante-la-jep/.

> un gobierno´, ´el pecado de su hermano fue salir por un dolor de muela´–, en Bogotá sigue midiéndose en bajas el triunfo.

El escritor concluyó su columna diciendo: "No hay que tener hijos para imaginar el vacío en los cuerpos de las madres de Soacha. Pero hay que ser ellas para encontrar adentro esa nueva clase de coraje".[30]

El profesor y columnista Rodrigo Uprimny Yepes también aprovechó su columna en el periódico *El Espectador* para referirse a la audiencia. Con el título "Todavía hay jueces en Colombia", señaló:

> Un ejemplo de la independencia judicial en Colombia es la audiencia realizada por la JEP en Ocaña sobre los llamados "falsos positivos" en Catatumbo, en la cual un civil y 10 militares, incluidos coroneles y un general, reconocieron en forma pública y frente a los familiares de las víctimas su responsabilidad en el asesinato de unos 120 jóvenes inocentes, que fueron presentados como guerrilleros muertos en combate.[31]

Incluso, los medios de comunicación internacionales cubrieron la audiencia. El *New York Times* tituló: "Un general colombiano y otros 10 admitieron crímenes contra la humanidad", reportando cómo "en la primera audiencia de esta naturaleza, oficiales admitieron haber orquestado ejecuciones extrajudiciales. Pero las víctimas pidieron más. ´Sabemos que hay gente poderosa detrás de los falsos positivos´, dijo una mujer. ´Necesitamos nombres´".[32]

Las audiencias de reconocimiento en los subcasos Costa Caribe, Casanare, y en el caso conjunto sobre Dabeiba del Caso 03 también estuvieron en el centro del debate público.[33] Por ejemplo, la columnista Ana Bejarano Ricaurte, al analizar la audiencia de reconocimiento que tuvo lugar en Dabeiba en junio de 2023, señaló:

> Esta semana volvió a sonar el nombre del municipio antioqueño porque la Jurisdicción Especial para la Paz realizó allá una audiencia pública sobre el macrocaso de los "falsos positivos". Simplemente estremecedora: una borrasca incontenible de verdad y de dolor. Y despertó la Colombia que lleva décadas dedicada a negar la existencia de este crimen, su sistematicidad, y a repudiar a quienes contribuyen a destaparlo.[34]

---

[30] Disponible en: https://www.eltiempo.com/opinion/columnistas/ricardo-silva-romero/soacha-columna-de-ricardo-silva-romero-668486.

[31] Disponible en: https://www.dejusticia.org/column/todavia-hay-jueces-en-colombia/

[32] Disponible en: https://www.nytimes.com/2022/04/27/world/americas/colombia-war-crimes.html.

[33] Al respecto, ver Análisis de las audiencias de reconocimiento de los subcasos Casanare, Norte de Santander, Dabeida y Costa Caribe. Rodrigo Uprimny, "Los falsos positivos, la JEP y Uribe", *El Espectador*, 23 de septiembre de 2023. Disponible en: https://www.elespectador.com/opinion/columnistas/rodrigo-uprimny/los-falsos-positivos-la-jep-y-uribe/.
Élber Gutiérrez, "Falsos positivos: 10 años de espera", en *El Espectador*, 21 de octubre de 2018. Disponible en: https://www.elespectador.com/opinion/columnistas/rodrigo-uprimny/los-falsos-positivos-la-jep-y-uribe/?utm_source=interno&utm_medium=boton&utm_campaign=share_notas&utm_content=boton_twitter_share_notas&s=08.

[34] Ana Bejarano Ricaurte, "Las otras caras de Dabeiba", *El Tiempo*, 2 de julio de 2023. Disponible en: https://cambiocolombia.com/los-danieles/las-otras-caras-de-dabeiba.

A propósito de la imputación que hizo la SRVR al general Mario Montoya Uribe por su participación en 120 falsos positivos cuando era comandante de la IV Brigada en Antioquia, el escritor Héctor Abad Faciolince tituló su columna en el periódico *El Espectador* "´Te va a hacer falta vida´". Esto, refiriéndose al testimonio en audiencia pública de observaciones ante la JEP, de la madre de una niña muerta por tropas del Ejército Nacional y presentada en rueda de prensa personalmente por el general Montoya Uribe como guerrillera del 9 frente de las FARC abatida en combate. Dijo Abad Faciolince: "Qué bien habla la gente cuando dice con sencillez lo que sabe, lo que piensa y lo que siente.´¡Te va a hacer falta vida y a mí me va a sobrar para que me compruebes que mi hija era guerrillera!´". [35]

Las audiencias también han servido como vívida prueba de que la transformación de los comparecientes es posible: es posible hacer consciencia de la dimensión y trascendencia de las acciones propias sobre la vida de los otros. Como nos dijo un compareciente en la última audiencia en Yopal, "es posible hacer las paces con su propio pasado", no perecer en la identidad de criminal de guerra, sino convertirse, con la audiencia como una suerte de ritual de paso,[36] en un constructor de paz. Las audiencias nos han mostrado, incluso, que el perdón de las víctimas y el horizonte de reconciliación son posibles.

La construcción dialógica de la verdad

Hacer del proceso ante la SRVR un procedimiento real de "construcción dialógica de la verdad" y de diálogo restaurativo ha requerido el despliegue de una serie de herramientas pedagógicas, de diálogo real entre todos los sujetos procesales y el juez de la transición, y de círculos restaurativos, que van mucho más allá de los dispositivos procesales propios de un proceso legal. Este proceso restaurativo ha sido diseñado, dirigido, coordinado y puesto en marcha por las juezas de la SRVR, pero implementado no solo por los equipos legales de los despachos, sino por psicólogas, antropólogos, trabajadores sociales y otros profesionales de la Secretaría Ejecutiva de la JEP (Sejep). La construcción colectiva interdisciplinaria ha sido clave para el éxito del proceso restaurativo.

Esta construcción colectiva ha incluido también a las víctimas, a sus propios abogados y al Ministerio Público. El proceso judicial/diálogo restaurativo en la SRVR está estructurado alrededor de dos carriles paralelos y estrechamente interconectados de conversación. De una parte, el diálogo escrito en el lenguaje técnico del derecho en las oportunidades procesales previstas en la ley para la

[35] Héctor Abad Faciolince, "Te va a hacer falta vida", *El Espectador*, 2 de septiembre de 2023. Disponible en: https://www.elespectador.com/opinion/columnistas/hector-abad-faciolince/te-va-a-hacer-falta-vida/.

[36] En su observación sistemática del quehacer de la JEP, los profesores Iván Orozco, Laly Peralta y Gonzalo Sánchez también se han referido a la confesión en la Sala de Reconocimiento como un ritual "autodeprecatorio y purificador".

conversación con los abogados y representantes del Ministerio Público. De otra parte, un diálogo eminentemente oral en el lenguaje de la vida cotidiana y de las emociones con las víctimas supervivientes y sus familiares. Esto ha hecho que las víctimas se sientan escuchadas e involucradas directamente en el proceso, sin que se desconozca su derecho a la representación judicial.

La Sala podría haber limitado la participación de las víctimas a un tradicional intercambio escritural con sus representantes legales. Sin embargo, inspirada en un genuino enfoque de justicia restaurativa, la SRVR ha permitido que se exprese la voz de las víctimas, pues fueron ellas quienes sufrieron directamente los daños por los asesinatos y desapariciones forzadas de sus familiares. De este modo, los supervivientes y los familiares se han convertido en los verdaderos protagonistas del proceso judicial/diálogo restaurativo. Este enfoque de justicia ha requerido también un proceso de diálogo permanente con los comparecientes y con sus abogados. Esto ha hecho que ellos también se sientan escuchados y responsables del éxito del proceso.

Partiendo de la idea de que el proceso debe ser diseñado y ejecutado con la participación activa de todas las partes interesadas para poder restablecer los vínculos rotos o contribuir a construir de cero la confianza entre las víctimas y los agentes del Estado, cada uno de los hitos procesales descritos arriba –y con mayor intensidad la audiencia pública de reconocimiento de verdad y responsabilidad, donde concurren tanto comparecientes como víctimas– está precedido de un diálogo entre los distintos protagonistas del proceso. Este diálogo incluye talleres pedagógicos, reuniones de concertación y círculos restaurativos. Por ejemplo, para la realización de las audiencias públicas de presentación de observaciones, la Sala ha desarrollado talleres con víctimas en los que explica el momento procesal en el que se encuentra el caso, el alcance jurídico de la audiencia de observaciones, se les presentan a las víctimas las versiones voluntarias de los comparecientes del caso –versiones que previamente han sido trasladadas a los representantes judiciales de las víctimas para recibir sus observaciones escritas–, se hace acompañamiento psicosocial y se les explican a las víctimas las implicaciones de su exposición pública en la audiencia, ya que esta se transmite en directo a través de la página web de la JEP y usualmente también es cubierta de manera amplia por medios de comunicación nacionales, regionales e internacionales.

La preparación de la audiencia pública de reconocimiento de verdad y responsabilidad ha requerido todo un proceso de círculos restaurativos. En el marco de este proceso, la Sala y la Sejep adelantan una serie de talleres de alistamiento con las víctimas y con los comparecientes por separado, primero, para construir confianza y prepararlos para su encuentro. Estos espacios han sido acompañados por los respectivos abogados y por el Ministerio Público. En los talleres con los comparecientes se refuerza la comprensión del modelo

de justicia de la JEP, se explica el "régimen de condicionalidad" basado en la contribución a la verdad, a la reparación y en el reconocimiento de la responsabilidad; se socializan las expectativas de verdad y justicia que han expresado las víctimas del caso y se ofrece apoyo psicológico. En la preparación con las víctimas, por su parte, la Sejep lidera una serie de talleres colectivos en los que se explican el alcance, los objetivos y las limitaciones de la justicia transicional, se aclaran dudas particulares respecto de sus casos individuales y, al mismo tiempo, se reconoce y valora la dimensión emocional y psicológica ofreciendo herramientas que las validen y las fortalezcan, y que puedan favorecer el encuentro directo con los responsables de los crímenes que les causaron tanto daño y dolor y prevengan escenarios de revictimización.

En el marco de esta preparación, la Sejep también organiza reuniones privadas entre víctimas y comparecientes con el propósito de que puedan escucharse mutuamente y dialogar antes de la audiencia pública. Muchos comparecientes han manifestado que gracias a estos espacios ellos han comprendido la profundidad del sufrimiento de las víctimas y el significado de su reconocimiento de responsabilidad. Incluso, en algunos casos, en estos círculos, los comparecientes han expresado espontáneamente la aceptación de su responsabilidad y han pedido perdón a las víctimas.[37] Esta preparación minuciosa y delicada ha garantizado el éxito de las audiencias de reconocimiento y ha contribuido a que el proceso judicial sea experimentado por las víctimas y los comparecientes como un espacio sanador y restaurativo.

Apropiación social de la verdad judicial: las "6.402" personas asesinadas y desaparecidas forzadamente presentadas criminalmente como bajas en combate por agentes del Estado

Un último factor que ha sido determinante del éxito de la JEP en la investigación judicial en su fase dialógica es la comprensión del poder que este proceso judicial tiene en la esfera pública, de actuar como un catalizador del reconocimiento social y de la reducción de la negación. En este sentido, sostendríamos que el proceso adelantado ante la SRVR ha contribuido a canalizar el deseo público de venganza y, por lo tanto, ha contribuido a un horizonte posible de reconciliación a partir del reconocimiento, no solo por parte de los responsables, sino de toda la sociedad de la ocurrencia de crímenes atroces que afectaron la vida de miles de colombianas y colombianos. Esto se ha logrado gracias a, por un lado, un esfuerzo consciente de la JEP de comunicar asertiva y adecuadamente las decisiones judiciales adoptadas en el proceso y, al mismo tiempo,

[37] Ver, por ejemplo, JEP Colombia, "Las 'locas' estábamos diciendo la verdad". Disponible en: https://www.youtube.com/watch?v=9y8MaEqYLAA&ab_channel=JEPColombia.

a la actuación deliberada de las víctimas y las organizaciones de víctimas para apropiarse de esas decisiones y amplificar su alcance.

En estrecha coordinación con los jueces y miembros del equipo administrativo de la Jurisdicción, el equipo de comunicaciones de la JEP creó una estrategia de comunicación particular para cada macrocaso. La estrategia se inspiró en lecciones de otras experiencias de justicia transicional que subrayan el papel estratégico de las comunicaciones para alcanzar los objetivos de los tribunales judiciales (nacionales, híbridos e internacionales). En consecuencia, la JEP ha producido, entre otras herramientas, una serie de documentales cortos, pódcast y material escrito y audiovisual para audiencias más amplias con el objetivo de compartir no solo las decisiones judiciales más importantes, sino también el curso de los procedimientos.

En particular, el caso de los miembros de la Fuerza Pública ejemplifica la tremenda fuerza comunicativa de las decisiones judiciales al buscar la verdad y el reconocimiento del dolor y daño producido a las víctimas. En 2021, la SRVR adoptó una decisión judicial que tenía como objetivo específico comunicar públicamente la estrategia de priorización interna del Macrocaso 03 (Auto 033 de 2021), presentando el marco cuantitativo utilizado para decidir qué territorios críticos y periodos serían los primeros en ser investigados por la JEP. Este marco cuantitativo o "universo provisional de hechos", que es el que permite determinar esos territorios y periodos prioritarios, en este caso era de 6.402 asesinatos y desapariciones forzadas cometidas por agentes del Estado en todo el territorio nacional y que fueron presentadas falsamente como bajas en combate. Sin embargo, el impacto público de los 6.402 casos de "falsos positivos" cometidos por miembros de las fuerzas armadas colombianas fue mucho más allá de lo que nosotras nos imaginábamos y de lo que la decisión misma pretendía. Se convirtió en un símbolo, tanto nacional como internacional, de este crimen atroz y un reconocimiento judicial de una verdad que las víctimas habían estado buscando durante más de una década.

Como suele suceder, las víctimas de delitos cometidos por agentes estatales, primero, enfrentaron enormes barreras para acceder a la justicia, incluida la negación sistemática por parte del Estado y por gran parte de la sociedad de la mera existencia de los crímenes. Por eso, esta primera decisión judicial tuvo un impacto de tales proporciones: esta decisión fue el reconocimiento judicial de la existencia del fenómeno criminal como uno que afectó a miles de hombres, mujeres, jóvenes, niñas, niños y a familias enteras y, así, el reconocimiento oficial de que no se trató de unos cuantos casos aislados. Este número, esta verdad judicial catalizó, entonces, un consenso social en torno al daño causado a las víctimas y la condena colectiva de los actos cometidos por los perpetradores. Como dijo el filósofo argentino Carlos Santiago Nino, "la formación de la conciencia social en contra de los abusos de derechos humanos depende más de la

exposición que se puede hacer de dichas atrocidades y de su clara condena que del número de personas que son de hecho castigadas por ellos".[38]

A manera de conclusión

En este capítulo nos propusimos examinar los factores claves del éxito de la investigación judicial en la Sala de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad de la JEP, que han llevado a la alta tasa de reconocimiento de responsabilidad de los comparecientes (86%). La conclusión es que la clave de la alta tasa de reconocimiento de responsabilidad en el caso de los miembros de la Fuerza Pública que comparecen ante la JEP es la manera en que la SRVR ha sabido concebir, entretejer y poner en marcha un proceso que es al mismo tiempo, y de manera inescindible, la instrucción judicial de un macrocaso y un diálogo restaurativo. El proceso de investigación busca establecer la verdad de lo ocurrido agrupando los hechos en grandes patrones macrocriminales, describiendo y explicando dichos patrones, calificando los crímenes en términos del derecho doméstico e internacional, identificando los máximos responsables y atribuyéndoles responsabilidad penal individual. Todo esto, garantizando, de un lado, el debido proceso y la defensa técnica de los comparecientes y, de otro, la participación efectiva de las víctimas. Pero, al mismo tiempo y de manera inescindible con lo anterior, el proceso es un diálogo restaurativo entre las víctimas, los comparecientes, el Ministerio Público, los jueces y la sociedad, sobre lo que ocurrió, por qué ocurrió, cuáles fueron los impactos de los hechos y las conductas, y cuáles son los factores para garantizar la no repetición.

En este sentido, el proceso se desarrolla en el lenguaje, con los sujetos procesales y con las formalidades del derecho, pero al mismo tiempo es un diálogo profundamente humano, no centrado en los abogados, sino entre las víctimas y los perpetradores, reconociendo, además, que es un proceso emocional, ético y moral. Es un diálogo que le apuesta a las posibilidades de la transformación de unos y otros en el curso de exponerse a la presencia, a la voz, al camino y las razones del otro.

El proceso con reconocimiento es incremental y va ocurriendo a lo largo de los cuatro años que han transcurrido entre la apertura del macrocaso y la Resolución de Conclusiones. Con la audiencia pública de reconocimiento de verdad y responsabilidad, el diálogo restaurativo alcanza su clímax y, como se ha visto en varias de las audiencias realizadas, después de la puesta en escena

[38] Carlos S. Nino, "Respuesta: El deber de castigar los abusos cometidos en el pasado contra los derechos humanos puesto en contexto: el caso de Argentina". Título original: "The Duty to Punish Past Abuses of Human Rights Put into Context: The Case of Argentina", *The Yale Law Journal*, v. 100, 1991, pp. 2619-2640. Artículo traducido al castellano por el Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Disponible en: https://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/525/Nino_Eldeberdecastigar.pdf?sequence=1&isAllowed=y.

pública del reconocimiento de la verdad y la responsabilidad, víctimas y comparecientes han mostrado una disposición de empezar la fase de la construcción conjunta de los proyectos de sanción, en su componente de trabajos, obras o actividades que contribuyan a la reparación.

Con la entrega de la posta (Resolución de Conclusiones) al Tribunal para la Paz, el desafío es, entonces, cómo mantener el ritmo del proceso judicial/diálogo restaurativo para concluir con los trabajos, las obras o actividades con contenido reparador en favor de las víctimas. Sin embargo, en algún sentido, lo que parece estar ocurriendo pos Resolución de Conclusiones es una suerte de divorcio entre el proceso judicial y el proceso restaurativo. De una parte, la Sección con Reconocimiento del Tribunal para la Paz se ha concentrado durante un año y medio (2022-2024) en el examen del mérito jurídico de la Resolución, en los términos de la Ley Estatutaria de la JEP. Esto, dejando de lado, durante dicho periodo de tiempo el diálogo con las víctimas sobre las propuestas de reparación. Ese vacío ha generado en las víctimas una sensación de suspensión del proceso restaurativo.

De otra parte, ante la ausencia de proyectos institucionales en el marco del desarrollo del Acuerdo Final de Paz (por ejemplo, en los Planes de Desarrollo con Enfoque Territorial [PDET] o en los planes de reparación colectiva a cargo de la Unidad para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas [Uariv]), en los cuales los comparecientes de la Fuerza Pública que reconozcan verdad y responsabilidad puedan vincularse y comenzar a cumplir anticipadamente su sanción, la Presidencia de la JEP asumió el liderazgo y se puso a la tarea de concebir, formular y ejecutar proyectos de trabajos, obras y acciones con contenido restaurativo y reparador (TOAR) anticipados. A la fecha existen tres proyectos exploratorios en marcha,[39] pero la mayoría de estos en realidad no responden a las propuestas que hicieron las víctimas durante el proceso judicial-restaurativo en la SRVR, ni a sus expectativas, ni contaron con su participación.[40] La Presidencia de la JEP priorizó la viabilidad institucional, presupuestal y logística de los proyectos y el interés de la temporalidad estricta, de manera que los comparecientes pudieran contar prontamente con escenarios reales donde descontar anticipadamente su sanción, como se previó en el Acuerdo Final y la ley.

Así, dos de estos primeros tres proyectos institucionales anticipados por la JEP a través de TOAR, a los cuales se vincularon comparecientes imputados como máximos responsables en las Resoluciones de Conclusiones expedidas

[39] JEP - Oficina de Proyectos Restaurativos - Sejep, "Informe sobre participación de la ciudadanía en la preparación y respuesta a preguntas formuladas para la ciudadanía", 2023, p. 31. Estos tres proyectos son: Reencontrándonos, Acción Integral contra Minas (Aicma), Restaurándonos y Armonizándonos.

[40] El proyecto TOAR "Armonizándonos" sí se construyó dentro del Macrocaso 02 y responde a demandas concretas de la comunidad Awa.

por la SRVR se escindieron del proceso judicial ya surtido. No vincularon a las víctimas ya consultadas en la Sala, ni retomaron sus propuestas ni recogieron sus expectativas. Tanto es así que, recientemente, las organizaciones de víctimas que participaron activamente del Caso 03 expidieron un comunicado público expresando sus preocupaciones con el proyecto restaurativo institucional JEP "Siembras de Vida".

Dicen las víctimas organizadas en la Asociación Madres de Víctimas de Falsos Positivos (Mafapo), con la firma de otras importantes organizaciones de víctimas, que en el proyecto "Siembras de Vida", "sin socializar previamente con las víctimas, se vincularon comparecientes de la Fuerza Pública por hechos de ejecuciones extrajudiciales, incluyendo máximos responsables […] Una sanción sin ninguna conexión territorial ni objetivo real de reparación". Afirman que "como víctimas de ejecuciones extrajudiciales sentimos defraudada la confianza depositada en la JEP, le solicitamos tomar las medidas necesarias para garantizar el principio de centralidad de las víctimas y la participación en las decisiones que nos conciernen y afectan, de manera que el Sistema Restaurativo no se ejecute a costa de las víctimas".

Desde su concepción en el Acuerdo Final de Paz y en el transcurso de su implementación, es bien sabido que uno de los mayores desafíos de la JEP es la formulación y puesta en marcha de las sanciones propias. El proceso judicial/diálogo restaurativo que ha ocurrido exitosamente durante estos primeros casi siete años de operación de la JEP muestra un camino posible de construcción conjunta de las sanciones restaurativas. La experiencia acumulada indicaría que existen planteamientos y propuestas concretas de las víctimas que bien podrían resonar o incluso coincidir con ideas y alternativas ofrecidas por los comparecientes. El desafío es cómo capitalizar lo ya construido durante el proceso de esclarecimiento de la verdad y reconocimiento de responsabilidad, y realinear el proceso judicial con el diálogo restaurativo de cara a la fase final de la imposición de la sanción propia.

Bibliografía

Abad Faciolince, Héctor, "Te va a hacer falta vida", *El Espectador*, 2 de septiembre de 2023. Disponible en: https://www.elespectador.com/opinion/columnistas/hector-abad-faciolince/te-va-a-hacer-falta-vida/.

Bejarano Ricaurte, Ana, "Las otras caras de Dabeiba", *El Tiempo,* 2 de julio de 2023. Disponible en: https://cambiocolombia.com/los-danieles/las-otras-caras-de-dabeiba.

Bojacá, Sebastián, Sebastián Escobar Uribe y Harold Vargas Hortúa, Sustentación Recurso de reposición contra el Auto 062 del 09 de mayo de 2019. Disponible en Sistema de Gestión Documental conti: 20191510192032.

Centro Nacional de Memoria Histórica, *Justicia y Paz: ¿verdad judicial o verdad histórica?*, Bogotá, CNMH, 2012. Disponible en: http://centrodememoriahistorica.gov.co/descargas/informes2012/verdad_judicial_verdad_historica.pdf.

Congreso de la República, Acto Legislativo 01 de 2017, 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, *Diario Oficial* 50.169 de 4 de abril de 2017. Disponible en: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/actolegislativo_01_2017.html.

Congreso de la República, Ley 1922 de 2018, Por medio de la cual se adoptan unas reglas de procedimiento para la Jurisdicción Especial para la Paz, *Diario Oficial* 50.658 de 18 de julio de 2018. Disponible en: http://www.secretariasenado. gov.co/senado/basedoc/ley_1922_2018.html.

De Greiff, Pablo, "The role of apologies in national reconciliation processes: On making trustworthy institutions trusted", en Mark Gibney *et al.* (eds.), *The Age of Apology*, Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 2008.

El Espectador, "El inédito reconocimiento de militares por falsos positivos", 26 de abril de 2022. Disponible en: https://www.elespectador.com/colombia-20/jep-y-desaparecidos/falsos-positivos-primera-audiencia-de-reconocimiento-de-responsabilidad-de-militares-ante-la-jep/.

El Tiempo, "'Asesiné cobardemente a civiles´: militares reconocen ´falsos positivos´", 26 de abril de 2022. Disponible en: https://www.eltiempo.com/justicia/jep-colombia/.jep-falsos-positivos-que-reconocieron-militares-en-audiencia-667794.

Georgetown Americas Institute, "Studen event: The future of pace", 9 de febrero de 2024.

Gobierno Nacional y FARC-EP, *Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera*, Bogotá, JEP, 24 de noviembre de 2016. Disponible en: https://www.jep.gov.co/Marco%20 Normativo/Normativa_v2/01%20ACUERDOS/Texto-Nuevo-AcuerdoFinal.pdf?csf=1&e=0fpYA0.

Gutiérrez, Élber. "Falsos positivos 10 años de espera", en *Hagamos memoria*, *El Espectador*, 2018. Disponible en: https://www.youtube.com/watch?v=QdO4qHIH_zQ&list=PLiupuggSxf-cnP-kzi4djfBl5ncw5Pa8S&index=39.

Guzmán, Diana, Néstor Camilo Sánchez, y Rodrigo Uprimny Yepes, "Colombia", en *Las víctimas y la justicia transicional, ¿Están cumpliendo los Estados latinoamericanos con los estándares nacionales?*, Washington D.C., Fundación para el Debido Proceso Legal, 2010.

JEP - Oficina de Proyectos Restaurativos Sejep, Informe sobre participación de la ciudadanía en la preparación y respuesta a preguntas formuladas para la ciudadanía, noviembre de 2023.
JEP - Sala de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad, Auto CDG 184 de 22 de noviembre del 2023.
JEP - Sala de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad, Auto SUB D-062 de 30 de agosto de 2023.
JEP - Sala de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad, Auto OPV 316 de 26 de julio de 2023.
JEP - Sala de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad, Auto 03 de 5 de julio de 2023.
JEP - Sala de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad, Auto 030 de 23 de febrero de 2022.
JEP - Sala de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad, Auto 27 de 21 de febrero de 2022.
JEP - Sala de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad, Auto 01 de 01 de febrero de 2023.
JEP - Sala de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad, Auto SUB D-055 de 14 de julio de 2022.
JEP - Sala de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad, Auto 01 de 11 de julio de 2022.
JEP - Sala de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad, Auto 072 de 7 de abril de 2022.
JEP - Sala de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad, Auto 159 de 04 de agosto de 2021.
JEP - Sala de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad, Auto 128 de 7 de julio de 2021.
JEP - Sala de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad, Auto 125 de 2 de julio de 2021.
JEP - Sala de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad, Auto 033 de 12 de febrero de 2021.
JEP - Sala de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad, Auto 19 de 26 de enero de 2021.
JEP - Sala de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad, Auto 080 de 29 de mayo de 2019.
JEP, *Restructurar para transformar, la JEP dialoga con el país. Informe sobre participación de la ciudadanía en la preparación y respuesta a preguntas formuladas por la ciudadanía*, Bogotá, JEP, 2023. Disponible en: https://www.jep.gov.co/rendiciondecuentas/2023/documents/Documento%20analisis%20encuesta%20y%20respuesta%20a%20la%20ciudadania_RC_2023%20.pdf.

Madres de Falsos Positivos en Colombia, *Un monumento posible: 6402 razones para no olvidar*, Bogotá, Mafapo y Ministerio de Cultura, 2023.

McEvoy, Kieran, Anna Bryson y Carine Placzek, *Apologies in Transitional Justice*, United Nations Special Rapporteur on the Promotion of Truth, Justice, Reparations and Guarantees of Non-recurrence, Belfast, Queen's University of Belfast, 2019. Disponible en: https://apologies-abuses-past.org.uk/assets/uploads/UN_report_Apologies_in_Transitional_Justice-1.pdf.

Nino, Carlos Santiago, *Respuesta: El deber de castigar los abusos cometidos en el pasado contra los derechos humanos puesto en contexto: el caso de Argentina*, CEJA, 1991. Disponible en: https://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/525/Nino_Eldeberdecastigar.pdf?sequence=1&isAllowed=y.

Orozco, Iván, Laly Catalina Peralta y Gonzalo Sánchez, "Recuperar el buen nombre, la dignidad y la palabra", *La audiencia por falsos positivos en Ocaña*, *Análisis Político,* v. 36, 2023.

Orozco, Iván, Laly Catalina Peralta y Gonzalo Sánchez, "Secuestro: ¿de rebeldes en la política a criminales en la justicia? (Crónica sobre la audiencia de secuestro en Bogotá)", *Análisis Político*, v. 36, n.° 106, 2023, pp. 318-345.

Orozco, Iván, Laly Catalina Peralta y Gonzalo Sánchez, *Tres soldados de a pie confiesan sus crímenes: reflexiones sobre la escena judicial transicional*, Bogotá, Seminario Permanente de Justicia Verdad y Memoria, Universidad del Rosario, 2023.

Silva, Ricardo, "Soacha", *El Tiempo*, 28 de abril de 2022. Disponible en: https://www.eltiempo.com/opinion/columnistas/ricardo-silva-romero/soacha-columna-de-ricardo-silva-romero-668486.

SRVR, Audiencia de presentación oral de observaciones subcaso Antioquia I, periodo del Caso 03, 1, 2, 4 y 5 de marzo de 2024.

SRVR, Audiencia de presentación oral de observaciones subcaso Norte de Santander del Caso 03, 17 de octubre de 2019.

The New York Times, "Colombian general and 10 others admit to crimes against humanity", 4 de abril de 2022. Disponible en: https://www.nytimes.com/2022/04/27/world/americas/colombia-war-crimes.html.

Uprimny, Rodrigo, "Los falsos positivos, la JEP y Uribe", *El Espectador*, 23 de septiembre de 2023. Disponible en: https://www.elespectador.com/opinion/columnistas/rodrigo-uprimny/los-falsos-positivos-la-jep-y-uribe/.

Uprimny, Rodrigo, "Todavía hay jueces en Colombia", DeJusticia, 1 de mayo de 2020. Disponible en: https://www.dejusticia.org/column/todavia-hay-jueces-en-colombia/.

4

Imputaciones asociadas a criminalidad de sistema en contextos de justicia transicional: debates a la luz del Caso 03 de la JEP

‹**ÓSCAR PARRA VERA**› Magistrado de la Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas (SRVR)

Resumen: El presente artículo aborda diversos debates que ha enfrentado la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP) en la tarea de efectuar imputaciones de criminalidad de sistema. El texto se concentra en las discusiones planteadas en el Macrocaso 03 de la JEP (asesinatos y desapariciones forzadas presentadas como bajas en combate) sobre 1) los desafíos relativos a la individualización de la responsabilidad a partir de un análisis "hecho a hecho", en lugar de un análisis centrado en los roles y los aportes al plan y al patrón de macrocriminalidad; y 2) la relevancia de la elección de formas de intervención delictiva que permitan, a la luz de la evidencia disponible, la mejor caracterización de los crímenes de sistema involucrados. En el marco de este último punto se analiza la disputa entre una metodología basada en la teoría de la autoría mediata por el dominio de la organización de un aparato de poder, y los desafíos del modelo normativista de imputación fundamentado en las teorías de Jakobs. Por último, se incluyen unas consideraciones sobre la importancia de adoptar distintos enfoques dogmáticos en la justicia transicional.

Palabras clave: patrones de macrocriminalidad; criminalidad de sistema; autoría mediata; aparatos organizados de poder; modelo normativista.

Abstract: This article discusses several debates that the Special Jurisdiction for Peace (SJP) has faced while prosecuting system criminality. The text focuses on discussions on the following topics during SJP Macro-Case 3 regarding murders and forced disappearances presented as combat casualties: 1) The challenges of individualizing responsibility based on a 'fact by fact' analysis, instead of an analysis focused on roles and contributions to the plan and the macro-criminality pattern; and 2) the relevance of choosing forms of criminal intervention that allow, in light of the available evidence, a better characterization of the system crimes concerned. Against the backdrop of this last point, we analyze the dispute between a methodology based on the theory of indirect perpetration through the dominance of an organization within the framework of an organized power apparatus and the challenges posed by the normativist model of imputation grounded in Jakobs' theories. Lastly, we present some final considerations on the importance of adopting different dogmatic approaches in transitional justice.

Keywords: Macro-criminality patterns; system criminality; indirect perpetration; organized power apparatuses; normativist model.

Introducción

La justicia transicional se relaciona, entre otros aspectos, con la rendición de cuentas respecto a graves violaciones de derechos humanos cometidas en forma masiva por decenas o cientos o miles de victimarios. Esta masividad tiene impactos en la forma de investigar, pues esta no se debe hacer caso a caso, sino dentro de hipótesis en torno a motivaciones que articulan hechos delictivos en posibles patrones macrocriminales. En este artículo analizo el impacto de esta masividad en un tema directamente relacionado con la investigación macrocriminal: el alcance que tendrían las imputaciones en esta materia, es decir, los puntos de llegada de los procesos de investigación.

Este es un desafío que atraviesa todos los macrocasos de la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP). Sin embargo, me concentraré en algunas particularidades que involucra el Macrocaso 03, denominado "asesinatos y desapariciones forzadas presentadas como bajas en combate por agentes del Estado", las cuales ocurrieron en todos los departamentos de Colombia. Si bien este tipo de ejecuciones extrajudiciales se han documentado desde los años ochenta, la investigación de la JEP se ha concentrado en la forma en que, en un lapso de aproximadamente seis años (entre 2002 y 2008), se cometieron al menos 6.402 ejecuciones extrajudiciales que obedecieron a patrones y *modus operandi* relativamente similares. Más de 3.000 militares se han sometido a la JEP en relación con su responsabilidad en estos hechos, y más de 3.000 víctimas están participando en el macrocaso. El objetivo de la JEP ha sido entender por qué ocurrió este fenómeno de una forma tan masiva y sistemática, lo que constituye crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra de la mayor gravedad.

En términos generales, y según lo establecido en los seis autos de determinación de hechos y conductas emitidos hasta 2023,[1] el Ejército desplegó una estrategia de guerra en la que se privilegiaron las muertes sobre cualquier otro resultado operacional. Como consecuencia, se presionó a las tropas o se les incentivó, positiva o negativamente, para que presentaran bajas en combate. Esas presiones estuvieron asociadas a la promoción de competencias entre unidades militares (divisiones, brigadas, batallones) por el mayor número de bajas, o el compromiso de presentarlas en determinados tiempos de evaluación (a manera de cuotas). Asimismo, los ascensos en la carrera militar o incluso la amenaza de ciertos traslados estuvieron marcados por estas presiones y competencias. Las presiones se desarrollaron de diversas formas e incluyeron, por ejemplo, regaños o mensajes a través de programas radiales, donde se les insistía a los

[1] Autos 125 de 2021 (Catatumbo), 128 de 2021 (Costa Caribe Parte 1), 01 de 2022 (Subsalas D y F - Caso emblemático del cementerio Las Mercedes en Dabeiba), SUB D-055 de 2022 (Casanare), SUB D-062 de 2023 (Antioquia Parte 1), y SUB D-081 de 2023 (Huila), correspondientes a seis imputaciones respecto a territorios críticos del Caso 03.

militares que debían presentar bajas "a como diera lugar". Otros incentivos estuvieron asociados a 1) felicitaciones, 2) permisos, 3) viajes al exterior, 4) condecoraciones, 5) usos del plan de bienestar, entre otros.

En el marco de la planeación, ejecución y encubrimiento de los crímenes, se usó la estigmatización de víctimas mediante señalamientos arbitrarios de pertenecer a un grupo armado. La tergiversación de los ciclos de inteligencia militar y de los procesos de toma de decisión militar también estuvo asociada al engaño de personas aprovechando sus condiciones de vulnerabilidad. Las víctimas no eran consideradas integrantes o afines al enemigo, sino que eran atraídas o reclutadas por miembros de la tropa o por civiles que, por contraprestaciones económicas, las convencían bajo engaño para ser trasladadas desde zonas alejadas de los hechos. Personas vulnerables por circunstancias económicas, de desplazamiento, sin domicilio fijo, o habitantes de calle, con consumo problemático de sustancias, fueron seleccionadas bajo la presunción de que resultarían menos probables las investigaciones o indagaciones sobre su destino.

Por otra parte, en ciertos casos, militares cometían delitos que luego eran denunciados por la comunidad para que, con posterioridad, ocurriera el asesinado de civiles señalados falsamente de ser los responsables. Otras modalidades involucraron el asesinato de personas protegidas por el derecho internacional humanitario (DIH) (por ejemplo, combatientes sobrevivientes a enfrentamientos, enfermos o que se habían entregado para ser judicializados), que estaban fuera de combate. En algunas zonas del país, los asesinatos y las desapariciones ocurrieron en el marco de alianzas entre el Ejército y grupos paramilitares, de tal forma que en algunos casos los paramilitares asesinaron a las víctimas y las entregaron a militares para que fueran presentadas como muertes en combate. En otros casos, los paramilitares entregaron personas vivas para ser asesinadas posteriormente por personal militar.[2]

Asimismo, se utilizaron diversas modalidades de encubrimiento. En efecto, hubo numerosas mentiras y fraudes para tergiversar los hechos y dar la apariencia de combate. Órdenes de operaciones, misiones tácticas, informes de gastos de munición, entre otros documentos operacionales, fueron elaborados con posterioridad a los hechos, con datos falsos y documentos de inteligencia que no correspondían a la realidad. Las investigaciones por parte de la justicia penal militar no condujeron a resultados asociados a sanciones y, en muchas ocasiones, archivaron los casos bajo la presunción de la existencia de combate. En algún momento, cuando gran parte de las investigaciones pasaron a la justicia ordinaria, se impulsaron cerca de mil procesos por estos hechos. Sin embargo,

[2] Sobre este patrón de comisión de asesinatos y desapariciones en el marco de una estrategia contrainsurgente, ver el Auto 128 de 2021, concentrado en el actuar de militares adscritos al Batallón La Popa. JEP - Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas, Auto 125 de 2 de julio de 2021.

las condenas se concentraron en soldados, suboficiales y oficiales de bajo rango, mientras que ningún general había sido condenado por estos hechos en forma previa a la existencia de la JEP. Hubo serios déficits e irregularidades en la inspección, vigilancia, control de las tropas y en el manejo de las investigaciones asociadas a estos hechos. Muchas denuncias fueron desestimadas bajo la percepción en el estamento militar de que se trataba de una "guerra jurídica", donde las guerrillas utilizarían estas denuncias como una forma de desarrollar la guerra contra el Estado.

¿Cómo investigar e imputar este tipo de hechos cometidos de esta manera masiva y sistemática? ¿Qué particularidades deben tener las imputaciones si deben concentrarse en las máximas responsabilidades? Al respecto, cabe resaltar que, en el marco de la priorización interna prevista en el Macrocaso 03, los primeros autos de la Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas (SRVR) se concentraron en territorios y unidades militares priorizadas a la luz de criterios cuantitativos y cualitativos.[3] En estos primeros autos, si bien se parte de una misma premisa: la necesidad de esclarecer asesinatos y desapariciones presentadas como bajas en combate, la estrategia inicial del caso se dirigió al análisis regional de este tipo de hechos con el fin de develar las dinámicas territoriales del fenómeno en diferentes lugares del país y en distintos periodos de tiempo. Los universos de hechos determinados de estos subcasos son una muestra acotada del universo provisional de 6.402 que se hizo pública por la Sala.[4] A partir de esta focalización, se han emitido imputaciones y se han consolidado hipótesis investigativas que impulsarán estrategias de investigación en próximas fases del macrocaso, por ejemplo, la fase de instrucción de escala nacional que inició con el Auto 305 emitido en 2023.[5]

En 2021, la Sala adoptó, a través del Auto 33, "una estrategia de investigación que va de 'abajo hacia arriba' en la determinación de lo ocurrido y de las responsabilidades individuales", en la que, "en primer lugar, se identificarán a los *partícipes determinantes y máximos responsables a nivel regional y local*", para posteriormente determinar "si hay y quiénes son los *máximos responsables* a otros niveles de escala territorial y nacional" (énfasis agregado).[6]

En ese mismo Auto, también se hizo énfasis en la importancia de

> … comprender que las decisiones adoptadas en materia de priorización en el Macrocaso 03 están dirigidas a hacer lo más eficiente posible la investigación y avanzar

[3] JEP - Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas, Auto 033 de 12 de febrero de 2021.

[4] *Idem*.

[5] JEP - Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas, Auto 305 de 2023.

[6] *Ibid*., párrafo 15.

en la identificación de los patrones, planes y/o políticas criminales *que se atribuirán a los máximos responsables. En ninguna medida, estas decisiones corresponden a la investigación "caso a caso" de los hechos priorizados.* La priorización está dirigida a identificar los patrones, planes y/o políticas criminales que dieron lugar a la ocurrencia de los crímenes más graves y representativos que investiga la Sala de Reconocimiento, *para así, poder atribuirlos a los máximos responsables.*[7] (Énfasis agregado)

En un macrocaso, con este tipo de priorizaciones internas pueden surgir diversas rutas para el esclarecimiento de patrones, para la imputación de crímenes de sistema y para el manejo del régimen de condicionalidad de los comparecientes.

A la luz de lo anterior, la escala de cada universo de análisis es fundamental para entender el alcance de los pasos dados por la Sala. Existirán territorios, tipos de unidad militar y temporalidades diferentes. Las estrategias de imputación dependen de esas escalas. La primera decisión del Caso 03 analizó una brigada móvil y una brigada territorial, mientras que la segunda imputación se concentró en un batallón. En otros autos, el análisis puede que se realice a nivel división o incluso a nivel superior. Estas diferencias de escala impactan en los análisis de la responsabilidad de superiores de acuerdo con la evidencia disponible sobre las diversas formas de ejercer el control y el mando operacionales. Los diferentes análisis de divisiones, brigadas, brigadas móviles y batallones en dinámicas de la guerra llevarán a estrategias narrativas y de imputación diferenciadas.

Sin perjuicio de esas diferencias que cada imputación del Caso 03 ha ido perfilando, a continuación quiero profundizar en los debates que existen respecto a: 1) los desafíos relativos a la individualización de la responsabilidad a partir de un análisis "hecho a hecho", en lugar de un análisis centrado en los roles y los aportes al plan y al patrón de macrocriminalidad; y 2) la relevancia en la elección de formas de intervención delictiva que permitan, a la luz de la evidencia disponible, la mejor caracterización de los crímenes de sistema involucrados. En el marco de este punto analizaré la disputa entre una metodología basada en la teoría de la autoría mediata por el dominio de la organización de un aparato de poder, y los desafíos del modelo normativista de imputación basado en las teorías de Jakobs. Finalizo este texto con unas consideraciones sobre la importancia de adoptar distintos enfoques dogmáticos en la justicia transicional.

Si el objetivo de una justicia penal transicional es la caracterización de patrones macrocriminales, los planes criminales, las políticas expresas o implícitas, y develar las estructuras que les dieron lugar, es fundamental articular ese objetivo con la individualización de la responsabilidad de los máximos

[7] *Ibid*., párrafo 109.

responsables y partícipes no determinantes en crímenes internacionales. Entre varias opciones en la materia, defiendo en este trabajo la pertinencia de optar por una teoría objetivo-material, al distinguir entre autores y partícipes, en lugar de teorías objetivo-formales y subjetivas.[8] Ello impacta en las formas de atribución de responsabilidad aplicables y en el análisis de las contribuciones delictivas de los responsables.

[8] Sin perjuicio de innumerables debates y bibliografía en la materia, cabe resaltar que existen al menos tres perspectivas a la hora de analizar la autoría y la participación: 1) entender que es una cuestión de *tipicidad* (principio de legalidad en el sentido de que es autor el que realice el tipo), aquí se encontrarían las teorías objetivo-formales; 2) centrarse en el *dominio del hecho* (realidad de las cosas, donde corresponde analizar el aporte [Roxin]), de tal forma que es una teoría material en la que, de entrada, puede haber personas que no realizan el tipo, y 3) considerar que es un asunto que debe verse reflejado en la pena, es decir, se trata de un tema de *merecimiento de pena*. En este punto se debate entre *conceptos unitarios de autor* (perspectivas donde no se distingue entre autores y partícipes). Lo primero que hacen es definir un concepto de interviniente y, luego, asignan más o menos pena. Al no distinguir entre autores y partícipes (o hacerlo en función del merecimiento de pena) el desafío es que las distinciones entre autor y partícipe en algunos códigos penales, como el colombiano, se basan en otros criterios, aspecto sobre el que se profundiza posteriormente en este texto. Ello puede generar algunos debates sobre aplicación del principio de legalidad. Por otro lado, las principales aproximaciones para distinguir entre autores y partícipes se resumen en 1) *teoría objetivo-formal*, la cual se centra en la realización de propia mano de uno o varios de los elementos objetivos del delito imputado. Esta teoría no suele utilizarse en tribunales penales internacionales porque parece no ser apropiada para la imputación de los máximos responsables de crímenes internacionales. Sería autor el que realiza la acción ejecutiva adecuada, de forma total o parcial, al supuesto de hecho; mientras que partícipe es el que no lo hace, y se limita a aportar cualquier otra contribución causal al hecho. 2) *Teoría subjetiva*, la cual se centra en el estado mental con el que se realiza la contribución: en ocasiones se ha adoptado por los tribunales penales internacionales a través de la doctrina de la empresa criminal conjunta. Debe entenderse como autor a quien realiza una aportación causal al hecho con voluntad de autor (*animus auctoris*), cualquiera que fuese su contenido; mientras que el partícipe es el que actúa con la voluntad de tal (*animus socii*). 3) *Teoría del dominio del hecho*, en la que los autores del delito son quienes tienen el control del mismo porque deciden en última instancia si este se comete, y cómo se comete (los que no tienen dominio del hecho serían partícipes). Este control se puede obtener de las siguientes maneras: a) control del hecho punible por quien lo realiza de propia mano (autoría material o directa), b) control de la voluntad de aquellos que realizan el hecho de propia mano (autoría mediata), c) control conjunto de la acción entre quienes se reparten contribuciones esenciales para la comisión del delito (coautoría), y d) control conjunto de la acción a través del control de la voluntad de los subordinados que realizan de propia mano las contribuciones esenciales asignadas (coautoría mediata). (Tomado y adaptado de Santiago Mir Puig, *Derecho penal. Parte general*, 7.ª ed., Barcelona, Editorial Reppertor, 2005; Héctor Olásolo, *Tratado de autoría y participación en derecho penal internacional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013; Claus Roxin, "Sobre la autoría y participación en el derecho penal", en VV. AA., *Problemas actuales de las ciencias penales y la filosofía del derecho. En Homenaje al profesor Luis Jiménez de Asúa*, Buenos Aires, Ediciones Pannedille, 1970, pp. 55-70; Fernando Velásquez Velásquez, "Las transformaciones del concepto de autoría: el caso de los aparatos criminales organizados de poder en el contexto colombiano", *Cuadernos de Derecho Penal*, 2014; Corte Penal Internacional (CPI), Fiscal v. Lubanga, Decisión de confirmación de cargos, ICC-01/04-01/06-803-tEN, 7 de febrero de 2007).

Desafíos relativos a la individualización de la responsabilidad a partir de un análisis "hecho a hecho", en lugar de un análisis centrado en los roles y los aportes al plan y al patrón macrocriminales[9]

El Auto 125 de 2021 (concentrado en el territorio del Catatumbo) explica acertadamente en el acápite concerniente a la individualización de la responsabilidad que, a fin de demostrar que a los máximos responsables se les atribuyen conductas a título de coautores, se partirá del análisis de dos tipos de aportes en el marco del acuerdo común. Por un lado, los *aportes generales*, que son los que contribuyeron a generar las condiciones propicias para que los asesinatos se dieran en la Brigada Móvil 15 (BRIM15) y el Batallón de Infantería No. 15 "General Francisco de. Paula Santander" (Bisan) y, por otro lado, los *aportes específicos*, relacionados directamente con algunos hechos particulares. La Sala añade que estos aportes específicos, sin embargo, deben valorarse no aisladamente, sino en el contexto en que fueron realizados, "pues su trascendencia se deriva principalmente de lo que ellos significan desde la perspectiva más general del plan y patrón criminal al cual responden".[10]

Por otro lado, al explicar la forma de intervención delictiva de la complicidad, la Sala detalla que lo que distingue la complicidad de la coautoría es la calidad o trascendencia del aporte. Así, sería cómplice quien no tuviera dominio del hecho, pues su apoyo no es de significativa importancia para la realización de una conducta ilícita. Se añade ue ante fenómenos macrocriminales "se debe tener en cuenta el contexto y no es conveniente valorar la relevancia de los aportes individuales solo en función de los crímenes específicos", y que el dominio del hecho depende, sobre todo, de la capacidad de incidir en la implementación del plan criminal.[11] Como previamente lo ha resaltado la Sección de Apelación (SA), la consideración de un máximo responsable no está circunscrita a su calidad de autor, sino al liderazgo o contribución efectiva sobre los crímenes internacionales, "que determinaron el curso del fenómeno a gran escala".[12]

Con todo, el Auto 125, al determinar la responsabilidad del que fue comandante de escuadra en la BRIM15, Gutiérrez Salazar, por ejemplo, indica en primer lugar que este fue coautor de nueve crímenes de guerra por haber ejecutado materialmente todos estos asesinatos. Posteriormente, explica que Gutiérrez Salazar es cómplice de dos crímenes de guerra, porque sus aportes consistieron

---

[9] En este segmento retomo argumentos desarrollados en mi aclaración de voto (Óscar Parra Vera, Aclaración de voto del magistrado Óscar Parra Vera al Auto 125 de 2021, JEP, Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y Determinación de los Hechos y Conductas, 2021).

[10] JEP - Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas, Auto 125 de 2 de julio de 2021, párrafo 796.

[11] *Ibid*., párrafo 685.

[12] JEP - Sección de Apelación, Sentencia 230 de 10 de febrero de 2021, párrafo 52.

en haber incluido a las víctimas en su "lista negra" y haber proporcionado a los autores materiales su nombre y lugar de ubicación, con lo cual "se facilitó su muerte".[13] En consecuencia, la Sala precisa que estas contribuciones previas a la muerte de las dos víctimas fueron de naturaleza accesoria.[14] Este mismo modelo de análisis se sigue al analizar la responsabilidad del agente de inteligencia de la BRIM15, Urbano Muñoz, a quien se le imputan conductas a título de cómplice.[15]

Como se observa, en el Auto 125 se individualiza el reproche por la intervención en todos y cada uno de los hechos sobre los que se tiene evidencia, por lo menos en relación con Gutiérrez Salazar y Urbano Muñoz. Al respecto, manifesté algunas dudas sobre esta forma de hacer un análisis específico de contribuciones de máximos responsables en hechos concretos cuando la Sala debería priorizar el análisis de patrones de macrocriminalidad. Considero que el eje de análisis debería partir de los aportes de los máximos responsables teniendo en cuenta el rol y su capacidad de incidir en la implementación del plan criminal. Al estudiar si en un determinado hecho un máximo responsable fue cómplice y no autor, se puede correr el riesgo de una valoración de aportes en forma aislada y en función de hechos específicos ("caso a caso"), que no parece compatible con un análisis propio de criminalidad de sistema. El análisis "hecho a hecho" es distinto del análisis de hechos en torno al rol en la estructura que hace posible el crimen de sistema.

En su momento señalé que estas cuestiones ponen de presente que el Auto 125, si bien en un primer momento enfatiza la relevancia de analizar el rol y los aportes de cada compareciente en general, a la hora de atribuir responsabilidad, en la práctica, parte principalmente de un análisis "hecho a hecho" de la responsabilidad penal que se centra en la consideración individualizada del aporte a cada conducta imputada en específico. En efecto, los aportes estudiados en el acápite dedicado a la responsabilidad por complicidad de Gutiérrez Salazar y Urbano Muñoz no se consideran desde el punto de vista de su rol en el plan o en el patrón, ni se analizan en conjunto.

La consideración individualizada de las conductas cometidas en cada hecho por cada uno de los responsables, así como la forma en que se hizo el estudio de la atribución de responsabilidad a ese nivel, complejiza que la JEP dé cuenta de los aportes al plan criminal de cada uno de los máximos responsables. Este abordaje hace más complicada la posibilidad de develar la existencia de roles y de una división del trabajo que pueda ser característica de las conductas de las que se ocupa el Caso 03. Por el contrario, un enfoque donde predomine el estudio de los roles y la incidencia de los aportes en la configuración y el desarrollo

[13] JEP - Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas, Auto 125 de 2 de julio de 2021, párrafo 717.
[14] *Ibid*., párrafo 718.
[15] *Ibid*., párrafo 729.

de los patrones macrocriminales desplegados por la estructura delictiva constituye la estrategia investigativa y de atribución de responsabilidad que mejor se ajusta a escenarios de transición o, al menos, macrocriminales. En su análisis, precisamente, por sus características, se debería superar el modelo tradicional del "hecho a hecho". Algunas de las personas que han presentado contribuciones a la verdad en el marco del Caso 03, lo han hecho, incluso, respecto a 20, 30, 80 o más hechos, y sería entonces complejo, para la celeridad que debe tener la JEP en el marco de su temporalidad estricta, un análisis individualizado en torno a cada hecho, desplazando el análisis del rol de la persona frente al fenómeno en sentido macro.

En este punto, la Sección de Apelación del Tribunal para la Paz ha sostenido que los conceptos de máximos responsables y de participación determinante deben ser analizados de conformidad con las circunstancias específicas de cada macroproceso, a efectos de decidir en qué comparecientes se concentrarán los esfuerzos de investigación.[16] Al definir quiénes pueden ser considerados máximos responsables, la Sección acudió al precedente de la Corte Constitucional según el cual es máximo responsable la persona que tiene un rol esencial en la organización criminal o en el patrón de macrocriminalidad.[17] Además, precisó que existen dos modalidades de máximos responsables: una modalidad determinada por el liderazgo que jugó la persona en la organización criminal o en el patrón o política macrocriminal, es decir, en la generación, el desenvolvimiento o la ejecución de patrones de macrocriminalidad; y una segunda modalidad determinada por la participación determinante que pudo tener la persona en la comisión de delitos especialmente graves y representativos que definieron el patrón de macrocriminalidad.[18]

En consecuencia, en las imputaciones individuales de los máximos responsables identificados es preciso tener en cuenta *el rol* de cada compareciente en la organización y el valor de su contribución al plan criminal y al patrón. Si bien es cierto que la descripción de los patrones y de sus modalidades deben basarse en hechos concretos, no debería analizarse el aporte a cada una de las conductas por separado, a fin de determinar si el compareciente debe responder por cada una de ellas como coautor o cómplice. Tal nivel de detalle lleva a un análisis muy específico que podría exceder el deber de la Sala de focalizarse, en esta etapa preliminar, en el análisis de patrones de macrocriminalidad. De hecho, a la luz de la jurisprudencia constitucional, esta metodología es la que mejor puede corresponder a casos complejos como el presente, al punto que ha considerado descartable la fórmula del "hecho a hecho":

---

16 JEP - Sección de Apelación, Auto 230 de 10 de febrero de 2021, párrafo 38.

17 Corte Constitucional, Sentencia C-579 de 2013, M. S. José Ignacio Pretelt Chaljub.

18 JEP - Sección de Apelación, Auto 230 de 10 de febrero de 2021, párrafo 57.

> Como consecuencia de la selección y atribución de los casos más graves y representativos a los máximos responsables, *la JEP deberá privilegiar la construcción de macroprocesos lo cual excluye, en principio, la investigación caso a caso*. Así lo entendió este Tribunal en la Sentencia C-579 de 2013 al señalar: "El sistema planteado por el Acto Legislativo no consiste en la simple reunión de casos, sino que implica *la construcción de macroprocesos en torno a una serie de elementos comunes determinados por factores relacionados con la gravedad y la representatividad tales como el lugar, el tiempo, la forma de comisión, los sujetos pasivos o grupos sociales afectados, los sujetos activos, la escala de comisión o la evidencia disponible*".[19] (Énfasis agregado)

Concuerdo entonces con la Corte Constitucional cuando señala que el análisis macrocriminal que corresponde a la justicia transicional trasciende el análisis particular de cada hecho, y ello "contribuye eficazmente a desvertebrar macroestructuras de criminalidad y revelar patrones de violaciones masivas de derechos humanos, asegurando en últimas la no repetición".[20] Lo anterior, sin embargo, ha dicho la SA,

> … no significa que, para el ejercicio de las competencias de la JEP, siempre resulte irrelevante la intervención que los máximos responsables pudieran tener en determinadas conductas como autores o partícipes. En algunos casos, el repertorio criminal de la persona, compuesto por la suma de delitos individuales, puede demostrar cuán involucrada estaban ella u otros en el patrón de macrocriminalidad o en los hechos más graves y representativos, y servir de elemento útil, pero no autosuficiente, para develar el fenómeno y sus máximos responsables.[21]

Así, el centro del análisis no es el "hecho a hecho" ni la atribución de responsabilidad en función de las conductas o la participación concreta en hechos individualmente considerados, lo cual no obsta para que se continúe indagando por hechos específicos y circunstancias concretas en las que ocurrieron, como se ha venido haciendo en las versiones voluntarias recibidas. Pero, en todo caso, en las imputaciones la valoración debe trascender ese análisis particular con miras a imputar los roles desempeñados, la contribución a los patrones macrocriminales y la estructura que se ocupó de su comisión.

Puede existir un número elevado de conductas en las que los máximos responsables no hayan intervenido directamente en la ejecución de los hechos, y que dicha evaluación aislada no permita evidenciar que dichas intervenciones en actos preparatorios o posejecutivos fueron indispensables para el curso del fenómeno a gran escala. De esta manera, la perspectiva metodológica de abordaje no solo se enfrentaría a conclusiones parciales por un análisis excesivamente individualizado, sino que también podría demandar por parte de la Sala del cumplimiento

[19] Corte Constitucional, Sentencia C-080 de 2018, M. S. Antonio José Lizarazo Ocampo, numeral 4.1.5.3.

[20] Corte Constitucional, Sentencia C-579 de 2013, cit., numeral 9.6.

[21] JEP - Sección de Apelación, Auto 230 de 10 de febrero de 2021, párrafo 61.

de un estándar probatorio que no le corresponde respecto del procedimiento que se adelanta ante esta. Esto no implica que la Sala no tenga la facultad de contribuir a la satisfacción de demandas de verdad de las víctimas y a esclarecer lo ocurrido en estos hechos, como lo ha venido haciendo hasta el momento.

Así pues, es preferible partir del rol de cada compareciente en la organización criminal que pudiera haberse conformado en determinadas unidades militares del Ejército y en el desarrollo del plan criminal y la consolidación de los patrones encontrados. Lógicamente, la atribución de responsabilidad penal debe considerar algunos aportes concretos a los hechos, pero lo que debería atribuirse principalmente es la contribución al plan y al patrón a partir del rol del individuo dentro de la estructura criminal que hizo posible los crímenes por imputar. Ello requiere, indudablemente, un análisis global de los distintos aportes. Debería tratar de enfatizarse, según la evidencia disponible, si en la organización criminal encontrada se observó que los máximos responsables se sirvieron de sus rangos en la unidad militar y de las funciones que allí desempeñaban para ponerlas al servicio del plan criminal.[22] Lo anterior debería ilustrarse en cada una de las imputaciones.

Esta apuesta implica un cambio metodológico que modifica el trabajo de análisis criminal y, en consecuencia, las imputaciones jurídico-penales a los comparecientes. Algunos autores formulan este tipo de ajustes metodológicos en estos términos:

> Identificada la totalidad de conductas que se insertan dentro del fenómeno global sistémico, se debe establecer qué personas integraron la estructura responsable en sus distintas posiciones y roles desplegados en relación con el patrón de violencia investigado, así como los periodos de ejercicio de dominio positivo y negativo de la organización criminal. Satisfecho el primer eslabón de conexión, habría que indagar en segundo término por los alcances y repercusiones del plan criminal en términos de resultados de los actos delictivos individualmente considerados. De esta manera, dada una estructura criminal responsable de un repertorio específico de formas de criminalidad dirigidas contra ciertos grupos o sectores sociales, se podrá individua-

[22] En sentido similar a como se hace el análisis en el derecho internacional penal, según evidencia Kai Ambos, "la especialidad de la imputación de derecho penal internacional consiste en que los hechos individuales —por lo general, codificados en los ordenamientos jurídico penales nacionales— se insertan en un hecho total (Gesamttat), el cual describe el respectivo contexto colectivo de comisión. Este punto de vista complementa la siempre conocida imputación individual con un elemento colectivo; la imputación a la organización (criminal), por lo general, el Estado. Visto de este modo, se trata, por una parte, de un modelo de imputación no sólo individual, sino también 'sistémico'. Por otra parte, es posible hablar de una doble imputación, en el sentido de que la imputación individual y la colectiva/sistémica no se encuentran desvinculadas la una de la otra, sino que están en relación recíproca. A diferencia del derecho penal nacional puramente individual, la existencia del hecho total en derecho penal internacional refiere siempre (también) una organización o un sistema" (Kai Ambos, *La parte general del derecho penal internacional. Bases para una elaboración dogmática*, trad. de Ezequiel Malarino, Montevideo, Fundación Konrad Adenauer / Temis, 2005, p. 163).

lizar la responsabilidad penal de los partícipes atribuyendo las consecuencias de los crímenes cometidos a sus partícipes determinantes y máximos responsables.[23]

En definitiva, considero que el mandato de la Sala de Reconocimiento es caracterizar los patrones macrocriminales, los planes criminales, las políticas expresas o implícitas, y develar las estructuras que les dieron lugar. En las imputaciones que se detallan en el Auto 125 se atribuyen delitos conforme a hechos considerados de manera muy concreta e individualizada, sin evidenciar la relevancia que la estructura, la división del trabajo y la jerarquía, entre otros aspectos de la organización criminal, tuvieron en su planeación, ejecución y encubrimiento.

Por último, en el marco de un análisis más centrado en los patrones y no tanto en cada uno de los hechos individualmente considerados, surge el debate respecto a si corresponde imputar todos los delitos cometidos. En este punto, en el ejercicio de calificación jurídica, pueden tener relevancia los concursos de normas y los concursos de delitos. Asimismo, adquiere importancia el análisis de la representatividad de las conductas y su capacidad para ilustrar el patrón macrocriminal.

El primer paso al realizar el juicio de subsunción y decidir qué norma penal es aplicable a un hecho determinado consiste en examinar los posibles concursos de leyes existentes. En derecho penal, el concurso aparente de leyes se presenta cuando resultan aplicables al mismo hecho distintos preceptos penales, pero el comportamiento se incardina completamente en uno solo de ellos, que juzga y agota todo el desvalor. Para resolver esta problemática, los criterios que permiten determinar qué norma es la aplicable son los de especialidad, subsidiariedad y consunción.[24] Así, por ejemplo, en algunos casos, el reproche que pudiera considerarse respecto de la privación de la libertad con el delito de secuestro del Código Penal, dadas las características del fenómeno macrocriminal, podría quedar subsumido en la retención que comprende el tipo penal de desaparición forzada cuando dicha privación de la libertad de la víctima, acompaña los actos posteriores de ocultamiento y de negación de la información sobre su suerte o paradero. En este sentido, el concurso de normas permite subsumir las conductas de privaciones de libertad en el tipo penal más específico, es decir, en la desaparición forzada, cuando además existió ocultamiento de la víctima.

Sin embargo, habría casos de retenciones que no puedan subsumirse en el crimen de desaparición forzada. Lo mismo ocurre con muchos otros delitos

[23] Camilo Ernesto Bernal Sarmiento, "Macrocriminalidad y la imputación del hecho total en el caso colombiano: una propuesta exploratoria", en E. Escalante (ed.), *Debates y aportes al sistema integral de derecho penal, Obra homenaje al profesor Jorge Arenas Salazar*, t. II, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2021, p. 26.

[24] Juan Carlos Ferré Olivé, Miguel Ángel Núñez Paz y Paula Andrea Ramírez Barbosa, *Derecho penal colombiano. Parte general*, Bogotá, Tirant lo Blanch, 2021, pp. 717 y ss.

asociados a la planeación, ejecución y encubrimiento de los hechos. En este sentido, los máximos responsables también cometieron conductas de falsedad en documento público, porte ilegal de armas de fuego y municiones, porte ilegal de armas de uso privativo de la Fuerza Pública, entre otras conductas específicas que se entienden "cobijadas" dentro de los mecanismos de encubrimiento de los asesinatos y las desapariciones. Estas conductas, en principio, entrarían a concursar con los delitos de asesinato y desaparición forzada. Aquí es donde se evaluarían, en consecuencia, los posibles concursos de delitos, en los que las conductas afectan varias normas jurídico-penales cuyo ataque tiene efectos de cara a la sanción por imponer. En el concurso ideal, el sujeto lesiona distintos bienes jurídicos con una sola conducta y ello da lugar a varios delitos; en el concurso real, el sujeto realiza dos o más acciones u omisiones que originan diversos delitos, jurídicamente independientes que son juzgados conjuntamente.[25]

¿Habría entonces que imputar estos delitos que, como el secuestro, no quedan subsumidos en otro tipo penal, teniendo en cuenta que algunos no son lo suficientemente representativos o que no ilustran suficientemente el patrón macrocriminal? ¿Habría que atribuirlos por separado, caso a caso, en concurso con los asesinatos y las desapariciones forzadas? En mi opinión, la JEP debe concentrar su imputación en conductas delictivas que pueden asociarse al plan criminal y que, además, sirven para ilustrar los patrones. Respecto a ilícitos como el secuestro, el porte ilegal de armas o las falsedades, podría afirmarse entonces que el reconocimiento de la antijuridicidad formal y material del comportamiento resulta un componente relevante para la atribución de responsabilidad por el crimen de sistema, dado que dichos comportamientos hacen parte del *íter críminis* de los crímenes internacionales descritos en esta providencia. Pero ello no significa que deban imputarse todos los hechos que están siendo objeto de análisis, sino que la imputación debe reflejar el análisis macrocriminal.

La relevancia en la elección de formas de intervención delictiva que permitan no solo atribuir responsabilidad penal a los máximos responsables, sino también la mayor idoneidad para el análisis de crímenes de sistema

La elección de formas de atribución de responsabilidad dependerá, a mi juicio, de la disponibilidad probatoria y de los alcances de los reconocimientos de los comparecientes, entre otros factores. Empero, considero que es deber de la JEP privilegiar aquellos modelos con potencial explicativo que permitan evidenciar claramente la forma en la que operó el fenómeno criminal.

La justicia ordinaria analizó en los últimos años muchos hechos asociados a este tipo de ejecuciones extrajudiciales valoradas en el Caso 03. Se trata de

[25] *Idem*.

expedientes que, en su mayoría, fueron impulsados en torno a hechos aisladamente considerados, sin contar con el universo total o aproximado de hechos en diversos territorios. En sus más altas instancias, no se llegó a explicar el fenómeno de los asesinatos fuera de combate desde la óptica de la investigación macrocriminal. Existen, en consecuencia, desafíos frente a los que debería responderse con las mejores herramientas dogmáticas actuales que permitan narrar las actuaciones delictivas ocurridas en estas unidades militares atendiendo a la complejidad del panorama encontrado.[26] Siguiendo esta lógica, es relevante que en el Auto 125 se haya probado la existencia de una organización criminal dentro de estas unidades del Ejército Nacional. No obstante, en esta aclaración de voto desarrollo una reflexión general sobre la posibilidad de atribuir responsabilidad a algunos de los máximos responsables ubicados en posición de liderazgo en estas unidades a partir de la forma de intervención de autoría mediata a través de un aparato organizado de poder (AOP).

En vez de tratar de caracterizar a la organización criminal como un AOP, el Auto 125 atribuye los crímenes a la mayoría de los integrantes de la BRIM15 y el BISAN a título de coautoría impropia, pese a que la prueba recaudada hubiera permitido el uso de otras formas de atribución de responsabilidad con mayor potencial explicativo. La decisión parte de la concepción de una coautoría impropia basada en la esencialidad de los aportes y la existencia de un plan común. Sin embargo, no está de más advertir que, en algunos precedentes, la Corte Suprema ha establecido que pueden ser coautores impropios los que no contribuyen con aportes esenciales. Así, en ocasiones, ha definido la coautoría impropia partiendo de que son coautores los que "realizan comportamientos objetivamente intrascendentes o atípicos",[27] o los que "realizan una parte del delito, independientemente de su trascendencia individual".[28] Por otro lado, si bien la Corte Suprema de Justicia había mantenido una posición más o menos consistente en relación con la coautoría impropia para atribuir responsabilidad penal a los dirigentes de organizaciones criminales por hechos cometidos directamente por otros miembros del grupo,[29] con ocasión del proceso transicional de Justicia y Paz vio la necesidad de admitir nuevas formas de imputación que

---

[26] Como recuerda Alejandro Aponte: "El desafío judicial frente a estas formas de criminalidad consiste en crear relatos articulados sobre crímenes representativos, mapas de actuación criminal, fotografías de aparatos criminales que permitan construir sentencias que, a la sazón de la responsabilidad individual, constituyan en realidad, sentencias dictadas contra todo un colectivo"(Alejandro Aponte, *Agresiones sexuales en conflicto armado: criterios de interpretación y fórmulas de imputación*, Bogotá, Universidad de La Sabana, Editorial Ibáñez, 2019, pp. 53 y 54).

[27] Corte Suprema de Justicia, Sentencia de 23 de febrero de 2009, Rad. 29418.

[28] Corte Suprema de Justicia, Sentencia de 12 de febrero de 2014, Rad. 40214.

[29] Véase, por ejemplo, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia de 7 de marzo de 2007, Rad. 23815, donde se analizó la responsabilidad de quienes participaron en la voladura del oleoducto cercano a Machuca.

encontró más ajustadas a ese tipo de contextos. Así, desde la sentencia de 2 de septiembre de 2009, afirmó que la figura de la autoría mediata en AOP es aplicable en materia transicional, lo que sustentó en las siguientes razones:

> En primer lugar, para garantizar la prevención general como función de la pena, pues la sociedad reprochará en mayor medida a los autores y no a los partícipes de las conductas punibles; segundo, porque al reprochar socialmente a la organización delictiva y a las diversas formas de participación que en ella se presenten, se desestimula la delincuencia y el dirigente se torna visible ante la sociedad; tercero, porque las diferentes formas de responsabilidad se justifican en razón al principio de proporcionalidad y a la función de retribución justa que significa reconocer el principio de accesoriedad, porque no es posible reprocharle a una persona su calidad de partícipe bien como instigador, determinador, cómplice o interviniente, sin haber reconocido previamente la identidad del autor; y, en cuarto lugar, porque en aras de garantizar el derecho a la verdad, sólo es posible establecer las cadenas de mando bajo las cuales opera una organización delictiva, su estructura y su funcionamiento si se sabe quiénes conforman la cúpula, los mandos medios y los miembros rasos de esos aparatos o grupos organizados al margen de la ley. Además, de contera, se garantiza el derecho a la no repetición.

Esta tesis continuó siendo aplicada por la Corte en el proceso de Justicia y Paz en decisiones posteriores, en las que agregó: "En materia de justicia transicional, para el caso colombiano, es viable la aplicación de la teoría de 'la concurrencia de personas en el delito y los aparatos organizados de poder', 'autoría mediata en aparatos organizados de poder con instrumento fungible pero responsable' o 'autor detrás del autor'".[30] En el mismo sentido se tienen casos posteriores, como el del comandante del frente "William Rivas", estructura de las Autodefensas Unidas de Colombia (AUC), en cuyo caso la Corte consideró también que debía aplicarse la figura de autor mediato a través de AOP con instrumento fungible, pero responsable, y no como otro tipo de responsabilidad –incluso, dejando de lado la coautoría impropia–, dado que los crímenes cometidos por los integrantes del grupo ilegal se realizaron según las instrucciones y precisiones de la comandancia, esto es, por orden expresa del postulado vinculado al asunto o de los máximos dirigentes de las AUC.[31]

La coautoría impropia ha sido criticada por la doctrina,[32] pues a veces incluso parece equipararse a la noción de empresa criminal conjunta que ha aplicado, en sus distintas variantes, el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia

---

[30] Corte Suprema de Justicia, Sentencia de 21 de septiembre de 2009, Rad. 32022.

[31] Corte Suprema de Justicia, Sentencia de 26 de septiembre de 2012, Rad. 38.250.

[32] Véanse, por ejemplo, Velásquez Velásquez, "Las transformaciones del concepto de autoría", *op. cit.*, y Christian Wolffhügel Gutiérrez, "La responsabilidad penal de mandos o cabecillas de organizaciones criminales. Coautoría material impropia, empresa criminal y asociación ilícita", *Cuadernos de Derecho Penal*, n.º 2, 2009.

(TPIY).[33] Claudia López Díaz reprochó su aplicación por la Corte Suprema porque "de todas maneras, si se demuestra algún aporte sin que necesariamente sea esencial, aunque no se pruebe acuerdo previo, se castiga como coautor impropio".[34]

Por otro lado, la coautoría impropia podría resultar insuficiente para imputar crímenes de sistema, para reconocer la importancia que el andamiaje institucional (ciertos componentes de la doctrina –en el caso de los integrantes de la Fuerza Pública–, las presiones, cierto tipo de políticas, la jerarquía y, sobre todo, las órdenes) tiene en la decisión de los subordinados de participar en los crímenes, y para enfatizar la responsabilidad de los superiores jerárquicos. En esta línea, Alejandro Aponte planteaba en 2014 que la coautoría impropia, como "figura extraña que no consulta ya las nuevas realidades",[35] es anacrónica porque está pensada más para pequeñas bandas en las que existe una división relativamente sencilla del trabajo criminal, pero no para grandes aparatos o máquinas donde existe disgregación de órdenes y el trabajo se compartimenta, fragmenta e involucra a un sinnúmero de personas.[36] Este autor aboga, entonces, por la aplicación de la autoría mediata a través de AOP como forma de atribución de responsabilidad en los casos de graves violaciones de los derechos humanos e infracciones al DIH.[37] En este punto es relevante tener en cuenta que, si bien la jurisprudencia colombiana en gran medida se ha concentrado en el análisis de estructuras organizadas al margen de la ley, la aplicación de la teoría de la autoría mediata también ha sido considerada para evaluar la configuración de AOP en el marco de instituciones estatales.[38]

Estas reflexiones sobre la coautoría impropia se enmarcan en una discusión más global sobre el sentido y alcance de los modelos de imputación en la justicia transicional. Un desafío para el Caso 03 en este punto es que no se cuenta con la determinación de hechos en todos los subcasos territoriales y el caso está *ad portas* de la culminación de su primera fase. Luego de culminado todo el proceso de instrucción podrá valorarse en perspectiva la sinergia entre las diversas imputaciones de escala territorial, y el modelo de imputación más adecuado para las escalas de alcance nacional. Por lo pronto, en el marco de esta primera fase del caso, y circunscribiéndome a las escalas territoriales-regionales, resalto

---

[33] Véanse, por ejemplo, TPIY, SA, Fiscal v. Tadic, Sentencia de 15 de julio de 1999, párrafos 185-229; TPIY, SA, Fiscal v. Kvocka *et al.*, Sentencia de 28 de febrero de 2005, párrafos 79-119; TPIY, SA, Fiscal v. Stakic, Sentencia de 22 de marzo de 2006, párrafos 58-65.

[34] Claudia López Díaz, "El caso colombiano", en Kai Ambos (ed.), *Imputación de crímenes de los subordinados al dirigente*, Bogotá, Temis, 2009, p. 177.

[35] Aponte, *Agresiones sexuales en conflicto armado*, *op. cit*., p. 291.

[36] *Ibid*., pp. 385 y 386.

[37] *Ibid*., p. 291.

[38] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia de 14 de septiembre de 2011, Rad. 32000.

algunos aspectos de la teoría de la autoría mediata en virtud de AOP que dotan de importante capacidad explicativa a este fenómeno. Esta teoría permite entender, por un lado, el papel de liderazgo que tuvieron algunos integrantes y, por otro, las características de una estructura criminal altamente jerarquizada, compuesta por algunos miembros de la unidad que se enquistó y se valió de la estructura legal del Ejército, donde las reglas de su funcionamiento permitieron y dieron forma a las relaciones entre los miembros de esa estructura y facilitaron la transmisión de órdenes.

Ahora bien, incluso al haber optado la Sala por un modelo de intervención delictiva en el que los líderes respondieran como autores mediatos en un AOP insertado en ciertas unidades del Ejército, ello no debe implicar necesariamente que todos los integrantes de la cadena de mando deban responder como autores mediatos, salvo los autores directos, que se encuentran en el nivel inferior, como había formulado en su momento Claus Roxin, el autor más destacado en relación con la autoría mediata en aparatos organizados de poder. Si bien es cierto que este autor planteó la posibilidad de que existiera una "cadena de autores mediatos" que iniciara en la cúspide del aparato y descendiera hasta llegar a los ejecutores,[39] esta no debería ser la única salida posible.

En este sentido, se aboga por tratar de adoptar posturas más acordes con la realidad y que permitan atribuir crímenes en los distintos niveles de la jerarquía atendiendo a las particularidades de cada subcaso o de cada macrocaso. Así, debe tenerse presente que en el fenómeno de las muertes ilegítimamente presentadas como bajas en combate se han podido establecer relaciones tanto de verticalidad como de horizontalidad. De esta manera, basarse exclusivamente en una forma de atribución de responsabilidad que comprenda todas estas dinámicas (lo que ocurriría si a todos los integrantes de la cadena de mando, salvo a los autores directos, les imputáramos conductas a título de autoría mediata a través de AOP), no relataría en forma adecuada el funcionamiento de la estructura de la que se sirvieron los comparecientes para cometer crímenes. En este punto, algunos académicos ya han puesto de presente la necesidad de "una teoría de la autoría mediata por una organización – una teoría que no disuelva completamente al individuo en la masa colectiva, sino que trace las relaciones horizontales entre sus miembros".[40]

La doctrina reflexiona permanentemente sobre la pertinencia de la coherencia entre el uso de las teorías de atribución de responsabilidad. Y, en efecto, que exista coherencia en la aplicación de las teorías es un ideal al que todo tribunal debería aspirar. Empero, no debe obviarse que cierto grado de flexibilidad en

[39] Claus Roxin "El dominio de la organización como forma independiente de autoría mediata", *Revista de Estudios de la Justicia*, v. 7, n.º 1, 2006, p. 16.

[40] Jens David Ohlin, "Second - Order linking principles: Combining Vertical and Horizontal Modes of Liability", *Cornell Law Faculty Publications*, Paper 577, 2012, p. 797.

la justicia transicional es deseable, sobre todo si se parte de la importancia de su función expresiva.[41] De hecho, la Corte Penal Internacional (CPI) ha interpretado los elementos de la autoría mediata de una forma dinámica y flexible, que dista en algunos puntos de la concebida por Roxin, para así ilustrar en mayor medida la comisión de crímenes internacionales por instituciones estatales u organizaciones criminales;[42] incluso ha utilizado un subtipo de autoría mediata reiteradamente: la "coautoría mediata".[43] Este último concepto es aplicable, según Olásolo, en dos tipos de situaciones: cuando varios superiores que tienen un control compartido sobre una organización la utilizan de forma coordinada para asegurar la comisión de crímenes; y cuando varios superiores, que dirigen distintas organizaciones, las utilizan para ejecutar de manera coordinada un plan común.[44] Naturalmente, todas estas son consideraciones que, a la postre, dependerán de la disponibilidad probatoria con que cuente la JEP.

En similar sentido, algunos autores han abogado por sustituir las distinciones tradicionales entre autoría y participación en los casos en los que la organización criminal se convierte en el punto de referencia para la imputación de aportes al hecho. Así, se ha indicado desde la teoría de imputación del *hecho total* que existen tres niveles de intervención en el delito:

> Aquí sale a la luz un principio de imputación del hecho total ("Zurechungsprinzip Gesamttat"), según el cual la organización criminal como un todo se convierte en punto de referencia para la imputación de los aportes individuales al hecho, los cua-

---

[41] Según Carsten Stahn, el expresivismo tiene un atractivo especial en el contexto de la justicia transicional, ya que proporciona una legitimación de la justicia penal que va más allá de los responsables. Capta algunos de los aspectos performativos de los procesos de rendición de cuentas, incluyendo su capacidad para transmitir ciertos significados sociales de los procesos de transición. El autor explica cómo los relatos expresivos de la justicia penal coinciden con algunos de los fundamentos que adopta la doctrina de la justicia transicional (por ejemplo, la rendición de cuentas por los errores del pasado, la búsqueda de la verdad, el restablecimiento de los derechos de las víctimas y la transformación de las instituciones públicas). Añade que estos no solo enfatizan en el valor del castigo como medida de retribución, sino que también ven la justicia penal como parte de un proceso más amplio de reconocimiento público del daño ocasionado, de creación de confianza en relación con las víctimas y las comunidades afectadas, y de prevención de futuras atrocidades. Así, el debate pasa de la mera justificación del castigo a la consideración del papel expresivo de los procedimientos de rendición de cuentas y de los juicios penales en sentido más amplio (Carsten Stahn, *Justice as a Message: Expressivists Foundations of International Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press, 2020, pp. 40 y ss.).

[42] Véanse, entre otras, CPI, SCP I, Fiscal v. Katanga, Decisión de confirmación de cargos de 14 de octubre de 2008, párrafos 500-518; CPI, SCP II, Fiscal v. Ruto *et al*., Decisión de confirmación de cargos de 4 de febrero de 2012, párrafos 292 y 313; y CPI, SCP II, Fiscal v. Ntaganda, Decisión de confirmación de cargos de 14 de junio de 2014, párrafo 104.

[43] Al respecto, véase Elies van Sliedregt y Yanev Lachezar, "Co-Perpetration based on joint control over the crime", en Elies van Sliedregt *et al*. (eds,), *Modes of liability in international criminal law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2019, pp. 110 y ss.

[44] Héctor Olásolo, "La aplicación del concepto de autoría mediata a través de aparatos organizados de poder por los tribunales penales internacionales", en Alicia Gil (dir.) y E. Maculan (coord.), *Intervención delictiva y derecho penal internacional*, Madrid, Dykinson, 2013, p. 302.

> les deben ser evaluados a la luz de sus repercusiones sobre el plan criminal total o en función del fin perseguido por la organización criminal […] La distinción tradicional entre autoría y participación es reemplazada por tres niveles de intervención en el delito: el primer nivel, más elevado, está compuesto por los autores que planifican y organizan los sucesos criminales, esto es, los que como autores por conducción ("Führungstäter") pertenecen al estrecho círculo de conducción de la organización; en el segundo nivel, encontramos a los autores de jerarquía intermedia, que ejercitan alguna forma de control sobre una parte de la organización y por esto pueden ser designados como autores por organización ("Organisationstäter"); finalmente, en el más bajo nivel, el tercero, están los meros autores ejecutivos ("Ausführungstäter") que aparecen sólo como auxiliares de la empresa criminal total.[45]

Dicho lo anterior, considero que no podemos descartar *a priori* la posibilidad de utilizar distintas teorías en contextos de macrocriminalidad, o incluso de reinterpretarlas. Por otro lado, es claro que pueden coexistir distintas formas de atribución de responsabilidad. De hecho, optar por una u otra dependerá precisamente de la disponibilidad probatoria y de los alcances de los reconocimientos de los comparecientes, entre otros factores. Empero, considero que es deber de la JEP privilegiar aquellos modelos que permitan un mejor manejo de los crímenes de sistema y de su visión desde la imputación del *hecho total*.

A continuación, se abordarán algunas cuestiones que reflejan por qué en la teoría de la autoría mediata a través de AOP, por ejemplo, es necesario y adecuado, en estos contextos de justicia transicional, reinterpretar algunos elementos. No es conveniente, por lo tanto, partir de una interpretación excesivamente rígida de los elementos que planteó en un primer momento Roxin acerca de la teoría de la autoría mediata a través de AOP. Por el contrario, al ser esta un insumo de la doctrina, ha sido objeto de complementos y de una constante evolución. En consecuencia, en primer lugar se analizarán los elementos de la autoría mediata en AOP según la doctrina y la jurisprudencia. Posteriormente, se analizarán algunos debates específicos que involucra esta adaptación de la teoría: los debates en torno al criterio de la fungibilidad; se explicará por qué a veces puede ser necesario y conveniente que los superiores intermedios en un AOP sean considerados coautores, y no autores mediatos; la relevancia que tuvo la aplicación de la teoría de la autoría mediata en AOP al momento de efectuar las imputaciones del Subcaso Casanare; los desafíos para la interpretación del elemento de la desvinculación o el apartamiento del derecho, y la necesidad de no analizar las contribuciones delictivas de los responsables de forma independiente, sino en conjunto.

[45] Ambos, *La parte general del derecho penal internacional*, *op. cit.*

De los elementos de la autoría mediata a través de aparatos organizados de poder

La autoría mediata a partir del dominio de la voluntad en AOP, que ha sido acogida por la práctica judicial colombiana,[46] se basa en la concepción de que el autor que domina el hecho sin participar directamente en su ejecución no solo lo hace cuando media coacción o error del ejecutor material de la conducta típica, sino también a partir de AOP, porque el aparato como tal garantiza la ejecución.[47] La idea central es que el aparato, incluso si falla una persona concreta, dispone de otros ejecutores materiales que asumen el cumplimiento de las órdenes. Así, es esencial que exista seguridad en la producción del resultado.[48]

Según Roxin, los tres presupuestos que fundamentan la autoría mediata por dominio de la organización son los siguientes: 1) quien imparte la orden debe tener poder de mando en el seno de una organización, 2) la organización se debe haber desvinculado del derecho, y 3) los ejecutores directos tienen que ser sustituibles (fungibles), de manera que, en caso de que falle un ejecutor, otro ocupe su lugar y asegure el cumplimiento de la orden.[49] El carácter jerárquico de la organización y la fungibilidad de los autores directos aseguran el automatismo en el cumplimiento de las órdenes y sustentan el dominio del superior sobre la voluntad de los subordinados.

En primer lugar, es preciso probar que el jefe del AOP tiene la capacidad de actuar en la organización a través de la conducta de sus integrantes. Así, su poder de mando y la expectativa de que sus órdenes serán cumplidas son elementos esenciales para la determinación de la autoría mediata a través de AOP. Empero, no se requieren órdenes explícitas transmitidas a los ejecutores, ni que se precise el qué, como tampoco quién las cumplirá.[50] Las órdenes pueden transmitirse informalmente e incluso "darse por sentado".[51]

---

[46] Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, sentencias 29.221 de 2 de febrero de 2009, Rad. 32022 de 21 de septiembre de 2009, Rad. 32805 de 23 de febrero de 2010, Rad. 38250 de 26 de septiembre de 2012, Rad. 40.214 de 12 de febrero de 2014, Rad. 33.633 de 3 de agosto de 2016, Rad. 50.236 de 5 de diciembre de 2018, Rad. 40.098 de 27 de marzo de 2019, Rad. 32000 de 14 de septiembre de 2011, entre otras.

[47] Claus Roxin, "El dominio de la voluntad en virtud de aparatos organizados de poder", en Yesid Reyes y Hernán Orozco (eds.), *Aparatos organizados de poder*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2020, pp. 193-226.

[48] Véanse, entre otras, CPI, SCP I, Fiscal v. Katanga y Ngudjolo, Decisión de confirmación de cargos de 30 de septiembre de 2008, párrafos 500-518; CPI, SCP II, Fiscal v. Ruto y Sang, Decisión de confirmación de cargos de 4 de febrero de 2012, párrafos 292 y 313; CPI, SCP II, Fiscal v. Ntaganda, Decisión de confirmación de cargos de 14 de junio de 2014, párrafo 104.

[49] Roxin, "El dominio de la voluntad en virtud de aparatos organizados de poder", *op. cit*., pp. 198 y ss.

[50] Ver Kai Ambos, *Trasfondos políticos y jurídicos de la sentencia contra el expresidente peruano Alberto Fujimori*, Bogotá, Temis, 2020, pp. 188-189.

[51] *Idem.*

En segundo lugar, se requiere que el AOP, como verdadera organización estable, se haya desvinculado del ordenamiento jurídico. No obstante, no es indispensable que se trate de una desvinculación completa; es suficiente que el AOP se haya apartado del derecho con la comisión de las conductas punibles.[52] Por lo tanto, tratándose de aparatos de índole estatal, ese alejamiento de la organización criminal es de carácter parcial.[53] El AOP tiene una solidez autónoma y una estabilidad característica con independencia de las variaciones o los cambios de sus integrantes. Además, los AOP pueden coexistir e interactuar cometiendo delitos conjuntamente; así lo encontró la Corte Suprema de Justicia en el homicidio de Alfredo Correa de Andreis, en el que actuaron los paramilitares, a quienes la Corte caracteriza como un AOP ilegal, y el DAS, que actuó como un AOP, pese a que su origen era estatal.[54]

En tercer lugar, en cuanto al elemento de la fungibilidad, debe indicarse que se trata de la posibilidad que tiene el AOP, por su propia naturaleza estructural, de intercambiar a aquellos integrantes que no cumplen la orden del superior. Este elemento se desarrollará con mayor profundidad en el siguiente apartado.

Por último, en el derecho penal internacional (DPI) se ha aplicado también de manera autónoma el concepto de autoría mediata a través de AOP. Así ocurrió en el caso Al Bashir ante la CPI, con base en el artículo 25(3)(a) del Estatuto de Roma. En ese caso, la Sala de Cuestiones Preliminares I (SCP I) indicó que existían motivos razonables para creer que el entonces presidente de Sudán había dirigido, junto con otros líderes políticos y militares de alto rango, "las ramas del 'aparato' del Estado de Sudán a fin de poder ejecutar el plan criminal común de forma coordinada".[55] No obstante, cabe precisar que la CPI ya había adoptado el modelo del control sobre la organización en la decisión acerca de la orden de detención de Bemba en 2008, y, más tarde, ese mismo año se detalló su alcance y requisitos en la decisión de confirmación de cargos de Katanga y Ngudjolo Chui, donde se aplica la figura de la coautoría mediata. En esta decisión, la CPI desarrolla los siguientes tres criterios en relación con la autoría mediata: 1) la organización debe consistir en un aparato de poder organizado y jerárquico; 2) el sospechoso debe tener el control de la organización; 3) la ejecución de los delitos debe estar garantizada por un

---

52 Roxin, "El dominio de la organización como forma independiente de autoría mediata", *op. cit.*

53 *Idem.*

54 Sobre el particular, la Corte indicó: "En medio de dos aparatos organizados de poder se encontraba Alfredo Correa De Andreis: uno estatal –el Departamento Administrativo de Seguridad–, (iii) y otro ilegal –Bloque Norte de las Autodefensas– comandado por Rodrigo Tovar Pupo, alias 'Jorge 40', mientras el primero a través de sus funciones de inteligencia y de policía judicial fabricó un montaje para hacerlo ver como subversivo, el segundo ejecutó a un falso guerrillero". (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia de 14 de septiembre de 2011, Rad. 32000).

55 CPI, SCP I, Fiscal v. Al Bahir, Decisión sobre la solicitud de la Fiscalía en relación con la orden de arresto contra Omar Hassan Ahmad Al Bashir de 4 de marzo de 2009, párrafo 216.

cumplimiento casi automático.[56] Debido a la aplicación de la teoría del dominio de la organización en múltiples casos en la CPI, hoy se entiende que es la jurisprudencia dominante en ese tribunal.[57]

Debates en torno al criterio de la fungibilidad

De conformidad con la teoría de Roxin, la fungibilidad se basa en la sustituibilidad de los subordinados en los aparatos organizados de poder. Esta fue siempre una característica esencial del dominio de la organización. Así, para Roxin, lo importante era la seguridad de producción del resultado, y eso se satisfacía partiendo de la base de que la ejecución de órdenes del hombre de atrás se aseguraba porque muchos ejecutores potenciales estaban disponibles para cumplirlas. Esto significaba que la negativa u otro fallo de un individuo no iba a impedir la realización del tipo.[58] En el caso en que un miembro de la organización rehusase a cumplir, otro cubriría su lugar. Así, la fungibilidad garantiza que el resultado se producirá de manera casi automática. En palabras de la Corte Suprema de Justicia:

> La ejecución de órdenes del hombre de atrás se asegura porque muchos ejecutores potenciales están disponibles, por lo que la negativa o inactividad de un individuo no impide la realización del tipo. Al respecto debe tenerse en cuenta que el instrumento es la organización por lo que, en su funcionamiento, la presencia de otros ejecutores es una realidad que asegura el resultado.[59]

Sin embargo, este criterio no ha estado exento de críticas, como pone de presente el mismo Roxin.[60] Así, por ejemplo, algunos indican que la sustituibilidad del ejecutor individual no es un hecho que pueda fundamentar el dominio;[61] y otros arguyen que en la situación concreta no puede hablarse de la posibilidad efectiva de sustituir en cualquier momento a quienes actúan de manera inmediata.[62] Por lo tanto, será preciso en estos casos partir de una fungibilidad que se

---

[56] Véanse, entre otras, CPI, SCP I, Fiscal v. Katanga, Decisión de confirmación de cargos de 14 de octubre de 2008, párrafos 500-518; CPI, SCP II, Fiscal v. Ruto *et al*., Decisión de confirmación de cargos de 4 de febrero de 2012, párrafos 292 y 313; y CPI, SCP II, Fiscal v. Ntaganda, Decisión de confirmación de cargos de 14 de junio de 2014, párrafo 104.

[57] Alejandro Kiss, "Indirect Commission", en Jérôme de Hemptinne, Elies van Sliedregt y Robert Roth (eds.), *Modes of Liability in International Criminal Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2019, p. 31.

[58] Roxin, "El dominio de la organización como forma independiente de autoría mediata", *op. cit.*, pp. 17 y ss.

[59] Corte Suprema de Justicia, Auto de 22 de mayo de 2013, Rad. 40830.

[60] Roxin, "El dominio de la voluntad en virtud de aparatos organizados de poder", *op. cit.*, pp. 205 y ss.

[61] *Ibid*., pp. 205 y 206.

[62] Harro Otto, "Autoría en virtud de aparatos organizados de poder", en Yesid Reyes y Hernán Orozco (eds.), *Aparatos organizados de poder*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2020, p. 41.

entienda en un sentido hipotético.[63] De esta manera, no hablaríamos entonces de fungibilidad en el sentido de posibilidad efectiva de reemplazar a los ejecutores durante la ejecución típica, sino de una fungibilidad que consista en que la seguridad de producción del resultado se eleva porque en el futuro es posible que haya muchos ejecutores potenciales que repitan continuamente los intentos de comisión del delito, como lo han expuesto algunos autores.[64] Así, por ejemplo, en el caso de un AOP conformado en el interior de una unidad militar determinada, si bien es cierto que en un momento concreto el autor mediato no va a poder reemplazar a un soldado que hipotéticamente se niegue a asesinar a una víctima, podría ser posible, según la disponibilidad de evidencia, que se cuente con personal a su cargo dispuesto a cumplir sus órdenes y, en consecuencia, a reportar resultados operacionales ilegítimos. Corresponderá analizar si en algunas unidades militares nunca estuvo en riesgo el cumplimiento del plan criminal trazado, en los términos mencionados.

Debates en torno a la valoración de los superiores intermedios

El análisis en esta primera fase del Caso 03 de la JEP responde a la escala de la jerarquía objeto de estudio y permite avanzar hacia un examen mucho más amplio y omnicomprensivo a medida que se analicen otras escalas dentro de la jerarquía. Un superior de una unidad menor o táctica puede aparecer como el autor mediato respecto a una escala, pese a que se trata de un superior intermedio si el examen se hace a nivel de división o de estructuras mayores. En efecto, dicho superior podría ser un autor mediato si la prueba así lo indica, aunque sea un comandante intermedio en la organización; es entonces posible una cadena de autores mediatos. Sin embargo, la complejidad del fenómeno bajo análisis en el Caso 03 exige pensar el tipo de relaciones verticales y horizontales asociables al crimen de sistema.

La teoría de Roxin de los AOP contempla la posibilidad de una autoría mediata en cadena, de manera que todos los superiores y los cargos intermedios serían considerados autores mediatos, y los cargos inferiores, autores directos. Ahora bien, algunos autores han indicado que solo es posible hablar a lo sumo de un dominio parcial por parte de los mandos intermedios (porque dominan solo una parte del AOP), y que ello, unido a la dependencia con respecto a sus superiores y a la división funcional del trabajo con sus subordinados, hacen que los mandos medios deban responder como coautores, y no como autores

[63] Kai Ambos (coord.), *Imputación de crímenes de los subordinados al dirigente*, Bogotá, Temis, 2009, p. 30, y Hernán Orozco, "La autoría mediata en virtud de aparatos organizados de poder de Roxin", Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik, v. 4, n.° 1, 2021, p. 259.

[64] *Idem*.

mediatos.[65] Así, por ejemplo, Ambos apoya "una coautoría basada en el dominio funcional del hecho (entendido éste como un actuar conjunto de intervinientes fundado en la división del trabajo), dado que entiende que los autores de escritorio que planean, preparan y ordenan, y los subordinados que ejecutan las órdenes, dominan el hecho en la misma medida".[66]

Una coautoría en estos términos para los mandos intermedios exige necesariamente reinterpretar la teoría del dominio del hecho de Roxin, para quien la intervención del coautor puede darse únicamente en la fase ejecutiva,[67] es decir, "desde el principio de la tentativa hasta la conclusión del hecho".[68] Esta reinterpretación de la teoría sería necesaria en estos casos porque los mandos medios, a pesar de que en ocasiones intervendrán directamente en algunos crímenes, generalmente transmitirán órdenes que deriven en la comisión de crímenes en distintos momentos del *iter criminis*.

En esta línea, puede ser ilustrativo mostrar cómo la Corte Suprema ha venido refiriéndose a las formas de atribución de responsabilidad de los integrantes de estructuras jerarquizadas en las que también existen relaciones de horizontalidad de sus integrantes, en los siguientes términos:

> Ciertamente, cuando se está ante el fenómeno delincuencial derivado de estructuras o aparatos de poder organizados, los delitos ejecutados son imputables tanto a sus dirigentes –gestores, patrocinadores, comandantes– a título de autores mediatos, a sus coordinadores en cuanto dominan la función encargada –comandantes, jefes de grupo– a título de coautores; y a los directos ejecutores o subordinados –soldados, tropa, patrulleros, guerrilleros o milicianos–, pues toda la cadena actúa con verdadero conocimiento y dominio del hecho y mal podrían ser amparados algunos de ellos con una posición conceptual que conlleve la impunidad.[69]

Así, entiendo que no se vería reflejada la división de funciones en virtud de un plan si se recurre únicamente a la autoría mediata en cadena. Considero que la aplicación estricta de la teoría desdibujaría un poco la importancia de la división de funciones en la ejecución de un plan basado en las líneas de actuación que establecen los dirigentes, desde la perspectiva de los hechos que han sido investigados y ahora imputados por la Sala. Con la aplicación de dos formas de atribución de responsabilidad combinadas (la autoría mediata a través de AOP en un nivel, y la coautoría en los niveles restantes) puede ponerse de relieve la

---

[65] Ver Ambos, *Trasfondos políticos y jurídicos de la sentencia contra el expresidente peruano Alberto Fujimori*, *op. cit*.

[66] Miren Odriozola-Gurrutxaga, *Autoría y participación en derecho penal internacional: los crímenes de atrocidad*, Granada, Comares, 2016, p. 181.

[67] "La necesidad de colaboración con división del trabajo en la fase ejecutiva como presupuesto de la coautoría se deriva del principio fundamental del dominio del hecho"(Claus Roxin, *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, Madrid, Marcial Pons, 2016, pp. 151 y ss.

[68] *Ibid*., p. 151.

[69] Corte Suprema de Justicia, Sentencia de 12 de febrero de 2014, Rad. 40214.

importancia de la estructura vertical de la unidad militar determinada, pero también de la horizontalidad existente en niveles inferiores, donde todos contribuían a la comisión de crímenes de diversas formas y en distintas etapas. Esto, por supuesto, debe tenerse en cuenta a la luz de la escala que se esté analizando. Puede darse el caso de organizaciones criminales que, a su vez, agrupan a otras en las que se pueda hablar de un número plural de autores mediatos que, a su vez, están bajo otro autor mediato, y de una coautoría dentro de las estructuras más pequeñas. De esta manera, la aplicación de diversas formas de responsabilidad podría incluso permitir el uso de una autoría mediata en cadena hasta cierto nivel y la coautoría en los restantes.

El hecho de que un líder ordene y dirija no descarta la posibilidad de que sus subordinados cometan crímenes, siguiendo los lineamientos dados desde arriba, a partir de la división de funciones en el marco de un acuerdo que puede ser informal. El acuerdo de los subordinados se basa en las directrices del líder, y con base en estas, los primeros se acaban distribuyendo las funciones que dan lugar a la ejecución de crímenes. Esto pone de relieve que los mandos intermedios pueden ser coautores porque, por un lado, retransmiten las órdenes de los autores mediatos, a través de sus instrucciones y directrices; y, por otro, cumplen un rol también en relación con la planificación de los hechos y su encubrimiento. Por ejemplo, y según la disponibilidad de evidencia respectiva, comandantes de pelotón que formaran parte de un AOP en el que el comandante de batallón es el autor mediato, podrían ser coautores si, además de ordenar la ejecución de víctimas y la realización de tareas tendientes a legalizar y ocultar el carácter ilegítimo de las muertes, consiguieran armas, uniformes y otros elementos para plantar a las víctimas, y manipularan la información suministrada en documentos como informes de patrullaje y actas de gasto de munición. Todas estas contribuciones podrían constituir, a los efectos de la coautoría, aportes esenciales al plan común consistente en reportar muertes ilegítimas como bajas en combate que se materialicen a partir de la división informal de funciones entre los integrantes del AOP.

La relevancia de la teoría de la autoría mediata a través de aparatos organizados de poder para explicar el caso de la organización enquistada en la Brigada XVI de Casanare[70]

Tal como he señalado, entre los diversos autos de determinación de hechos y conductas que se han emitido y se emitirán en el Macrocaso 03 existen y existirán diferencias de escala, en el tipo de unidades militares que se analizan y

[70] En este segmento retomo mi aclaración de voto (Óscar Parra Vera, Aclaración de voto del magistrado Óscar Parra Vera al Auto SUB D-055 de 2022, JEP - Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y Determinación de los Hechos y Conductas, 2022).

en el marco temporal que se prioriza en el análisis. Por ejemplo, el Auto 128 de 2021 de la SRVR abordó el fenómeno de los asesinatos y las desapariciones forzadas de civiles a nivel de batallón en un periodo de tiempo acotado. Por su parte, la decisión bajo análisis en el Auto 055 de 2022 asciende en la escala de las unidades del ejército, abarca un periodo de tiempo relativamente mayor, y el fenómeno que pretende esclarecer se caracteriza por los niveles de masividad y difusión en todas las unidades tácticas que conformaron una brigada.

En efecto, el Auto 055 de 2022 explica cómo dentro de la Brigada XVI se conformó una estructura criminal compleja orientada a la presentación de asesinatos cuya comisión ocurrió principalmente durante el periodo comprendido entre 2005 y 2008. La organización criminal estuvo dirigida por un comandante de brigada, e incluyó a integrantes de las unidades militares subordinadas a la brigada, entre otros, el Grupo de Acción Unificada por la Libertad Personal (Gaula), el Batallón de Infantería n.° 44 Ramón Nonato Pérez (Birno) y los grupos Delta. En estas, a su vez, se conformaron organizaciones criminales de menor dimensión constituidas en el interior de las unidades mencionadas, y todas ellas establecieron una estructura criminal compleja que funcionó en forma de red. Según la decisión, todos los integrantes de la organización criminal tuvieron conocimiento de las muertes ilegítimas que se cometieron por algunos de los miembros y participaron de diferentes maneras en la comisión de los crímenes, así como en su posterior encubrimiento.

La Sala optó en ese pronunciamiento por atribuir conductas a algunos máximos responsables a partir de la forma de atribución de responsabilidad de la autoría mediata a través de AOP. Se explicó cómo esta es la teoría que mejor ilustra la existencia de la estructura compleja que se enquistó en la Brigada XVI y que se valió precisamente de la institucionalidad militar y de los propios canales legales para cometer crímenes a partir de las órdenes de los superiores jerárquicos. Así, aun conociendo las críticas que desde la dogmática se plantean a la teoría de la autoría mediata a través de AOP, la SRVR optó por esta forma de intervención delictiva, junto con la coautoría, porque es precisamente esta combinación la que logra captar con mayor suficiencia las dinámicas, los roles y las relaciones de verticalidad y horizontalidad de los integrantes de la organización criminal. Además, estas dos formas de intervención delictiva son las que responden a lo que consigue probar la Subsala a partir del ejercicio de contrastación.

Cabe recordar que tanto los autores mediatos como los coautores tienen el mismo reproche. No obstante, es preciso advertir que el que un máximo responsable responda como autor mediato (y no como coautor), explica con mayor precisión que este tuvo un rol esencial en la jerarquía como consecuencia de las órdenes tanto explícitas como implícitas que emitió, y que implicaron que algunos integrantes de la Brigada XVI se fueran apartando del derecho al cumplirlas. Los autores mediatos, en consecuencia, tienen un rol que consiste

en activar la palanca en el respectivo aparato, una clara posición de liderazgo y un poder de mando sobre sus subordinados, que son intercambiables entre sí.

Considero que ni la autoría mediata ni la coautoría, por sí solas, lograrían dar cuenta de lo sucedido en la brigada. La decisión de combinar ambas formas de atribución de responsabilidad permite mostrar el cuadro completo de lo que ocurrió en la brigada, pero se opta por este modelo no en un intento de revelar esa "mayor responsabilidad" de los autores mediatos frente a los demás responsables (argumento que frecuentemente emplea, por ejemplo, la CPI en sus decisiones[71]), ni tampoco únicamente para ilustrar mejor el fenómeno, sino porque la evidencia disponible conduce a la atribución de responsabilidad de los máximos responsables a partir de esas formas de intervención delictiva.

Si los hechos demuestran que, en efecto, existió un AOP constituido por varios subaparatos organizados de poder de menor dimensión, y son fácilmente comprobables los elementos de esta clase de autoría mediata, entonces debería optarse por esta forma de atribución de responsabilidad a nivel de brigada, al igual que se hizo a nivel de batallón en el Auto 128 de 2021, y dejando siempre abierta la posibilidad de que esta figura se adopte en otros niveles y escalas. Asimismo, si la prueba disponible da cuenta de acuerdos informales y espontáneos que se dieron en el interior del aparato, es claro que se optará por la forma de atribución de responsabilidad de la coautoría, forma de intervención delictiva que también presenta desafíos. Empero, presentaría aún más dificultades la decisión de optar por la coautoría como única forma de atribución de responsabilidad por acción para ilustrar las relaciones dentro de la estructura criminal en el marco de un crimen de sistema. En efecto, entre otros desafíos, existen retos en términos de la prueba del acuerdo expreso o tácito, elemento característico de la coautoría, si lo que se busca documentar es un eventual acuerdo criminal entre el comandante de una brigada o de una división y un soldado, por ejemplo. Como se observa, cierto tipo de criminalidad de sistema no puede ser imputado adecuadamente bajo el esquema de la coautoría.

Otro tema que involucra desafíos respecto al modelo de imputación se relaciona con las razones por las cuales algunos mandos medios, es decir, algunos

[71] En la CPI, un argumento decisivo para aceptar la teoría de la (co)autoría mediata a través de la AOP es que a través de esta teoría se puede captar la mayor responsabilidad de los líderes. A este respecto, véanse, por ejemplo, las consideraciones del SCP I en la decisión de confirmación de cargos de Katanga y Chui: "Antes y después de la redacción del Estatuto, numerosas jurisdicciones nacionales se basaron en el concepto de autoría a través del control de una organización para atribuir la responsabilidad principal a los 'líderes' con respecto a dichos crímenes. Por lo general, en los crímenes cometidos por varias personas, estas jurisdicciones han tratado como menos culpables a los más alejados de la ejecución real de los actos criminales" (párrafo 502). "Sin embargo, también se ha descrito que la culpabilidad de una persona aumenta en función del aumento de la jerarquía: cuanto más alto sea el rango o más alejado esté el autor intelectual del delito, mayor será la responsabilidad de esa persona" (párrafo 503).

superiores intermedios en la cadena de mando, responden como autores mediatos a través de un AOP. Al respecto, debe señalarse que si la evidencia disponible indica que existían bases suficientes para entender que estos tenían poder de mando y que controlaban su respectiva organización, conformada por efectivos intercambiables con una elevada disposición para cometer los hechos, puede emplearse una forma de intervención que enfatiza el rol que estos desempeñaron en el fenómeno de las ejecuciones extrajudiciales, como ocurre con los máximos responsables Soto Bracamonte, León Durán y Acosta Pardo.

Es posible que no exista una diferencia práctica al atribuir responsabilidad a los mandos medios como autores mediatos de pequeños AOP si, en todo caso, se está demostrando un aparato más grande en el cual ellos actúan como piezas de un mismo engranaje. Nuevamente, este es un tema relacionado con la escala de análisis. Si la escala involucrara unidades de un nivel superior (divisiones, comandos conjuntos, entre otros), y si la prueba permite afirmarlo, podrían surgir nuevas discusiones sobre autores mediatos en esos otros niveles superiores sin que ello niegue la posibilidad de autorías mediatas en niveles inferiores. En este tipo de escenarios, y si existe prueba al respecto, algunos AOP del nivel brigada podrían entenderse como piezas de un engranaje mucho más grande constituido por AOP en niveles superiores. De allí la importancia de argumentaciones futuras sobre cómo interactuaron aparatos que están siendo determinados en esta primera fase del macrocaso, es decir, la interacción del fenómeno en un territorio específico con el fenómeno en otro territorio. Como se observa, la alusión a AOP en escalas más limitadas no anula o no genera necesariamente contradicción con la determinación de AOP en escalas más amplias y con cobertura territorial o incluso nacional, si fuera el caso.

Desafíos para la interpretación del elemento de la desvinculación o apartamiento del derecho en la autoría mediata a través de AOP[72]

El significado del elemento de la desvinculación del derecho fue destacado desde el principio por Roxin, quien explica que la desvinculación del derecho se refiere a las áreas de actividad en las que se cometen delitos bajo la modalidad de la autoría mediata, pero no sobre la totalidad del ámbito de actuación de la organización. En el marco de la criminalidad estatal, se ha sostenido que la desvinculación del derecho puede darse de varias maneras, una de ellas "cuando el nivel superior estratégico del poder estatal se aleja paulatinamente del ordenamiento jurídico, inicialmente solo para la realización de determinados delitos, luego con actos sistemáticos más frecuentes",[73] modalidad que resulta

[72] En este segmento retomo argumentos desarrollados en mi aclaración de voto (Parra Vera, Aclaración de voto del magistrado Óscar Parra Vera al Auto SUB D-055 de 2022, cit.).

[73] Percy García Cavero, "La autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados: el caso de Alberto Fujimori Fijumori", en Kai Ambos e Iván Meini (eds.), *La autoría*

ser la más grave porque se cubre de una aparente legitimidad.[74] Se ha afirmado también que

> El aparato estatal es el modelo más perfecto de aparato de poder, pues en él el poder de mando y asignación de roles coexisten de manera perfectamente reglada y, por lo tanto, cuando dicha *estructura es utilizada por quien la domina para perpetrar delitos, es perfectamente posible admitir la autoría mediata*. Sin embargo, *que el aparato estatal, o cualquier otra organización, actúe al margen del Derecho, se inserte en él o se encuentre por momentos fuera y por momentos dentro, es algo que, por lo que se ha dicho, no repercute en el dominio de la organización*.[75] (Énfasis agregado)

En el Macrocaso 03 sobre los mal llamados falsos positivos se ha tenido un fuerte debate sobre si existe o no un desvinculamiento del derecho respecto al fenómeno bajo análisis. El Auto 055 de 2022 (Subcaso Casanare) desarrolla todos los elementos que se exigen desde la dogmática de Roxin y los aplica al caso concreto,[76] pero deja claro desde el principio que ni la CPI ni la jurisprudencia colombiana siguen, al pie de la letra, la teoría original. Por ejemplo, la CPI ha desarrollado los siguientes tres criterios para que un individuo pueda responder en virtud de esta forma de intervención delictiva: 1) la organización debe consistir en un aparato de poder organizado y jerárquico, 2) el sospechoso debe tener el control de la organización, y 3) la ejecución de los delitos debe estar garantizada por un cumplimiento casi automático.[77] Como puede comprobarse, en este tribunal internacional no se requiere la prueba de la desvinculación del derecho por parte de la organización, y el requisito de la fungibilidad se equipara al cumplimiento prácticamente automático de las órdenes.

Con respecto al elemento de desvinculación del derecho, la decisión del Subcaso Casanare establece que el AOP, como verdadera organización estable con independencia de los cambios de sus integrantes, debe haberse desvinculado del ordenamiento jurídico. Advierte que no es indispensable que se trate de una desvinculación completa, y que basta que el aparato se separe del ordenamiento jurídico en relación con las conductas delictivas que se cometen en su ámbito. Añade que, tratándose de aparatos como el que se creó en la Brigada XVI, ese alejamiento de la organización criminal es de carácter parcial.[78]

---

mediata: el caso Fujimori, Lima, ARA Editores, 2011, p. 200.

74 Corte Suprema de la República de Perú, Sentencia de 7 de abril de 2009, Proceso A.V. 19-2001, Caso Alberto Fujimori Fujimori.

75 Iván Meini, "El dominio de la organización de Fujimori", en Ambos y Meini (eds.), *ibid.*, p. 223.

76 JEP - Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas, Auto SUB D-055 de 14 de julio de 2022, párrafos 679 y ss.

77 Corte Penal Internacional (CPI), Fiscal v. Katanga y Chui, Decisión de confirmación de cargos, ICC-01/04-01/07, 30 de septiembre de 2008, párrafos 500-518; Fiscal v. Ruto *et al.*, Decisión sobre la Confirmación de Cargos de conformidad con el Artículo 61(7)(a) y (b) del Estatuto de Roma, ICC-01/09-01/11-373, 4 de febrero de 2012, párrafos 292 y 313; SPI II, Fiscal v. Katanga, 7 de marzo de 2014, párrafo 104.

78 JEP - Sala de Reconocimiento, Auto SUB D-055, cit., párrafo 685.

La Sala de Reconocimiento de la JEP explica que la desvinculación del derecho con respecto del AOP que se enquistó en la Brigada XVI y que tuvo continuidad hasta la comandancia de Peña Chivatá se reveló *ex post*, al probarse que un 77% de los resultados fueron ilegítimos en el periodo en el que el responsable Torres Escalante comandó la Brigada XVI. Por su parte, en relación con los AOP que se conformaron en el Birno y en el Gaula Casanare, los siguientes resultados fueron ilegítimos: un 98,3% durante la comandancia del responsable Soto Bracamonte en el Gaula; y en el Birno, un 85,7% durante la comandancia de León Durán, y un 94,8% durante la de Acosta Pardo. Por lo tanto, la Subsala arguye que el gran AOP y los AOP que lo integraron se separaron del ordenamiento jurídico en relación con las conductas cometidas por sus integrantes y que son constitutivas de crímenes de lesa humanidad y de crímenes de guerra.[79]

Teniendo en cuenta estos elementos, existen desafíos si se pretendiera equiparar el AOP a la unidad militar misma, pues en realidad hubo un alejamiento paulatino del derecho a partir de la emisión de órdenes que se implementaron en los niveles inferiores a través de acuerdos criminales. Por lo tanto, que el AOP opere a través de los canales institucionales de una unidad militar es diferente a sostener que la unidad militar en sí misma sea el AOP. Asimismo, en este tipo de criminalidad de sistema podría resultar de especial complejidad hacer depender la atribución de responsabilidad de la prueba de los acuerdos de voluntad en los que participó el responsable, particularmente en escalas superiores cuando ello implicara verificar la existencia de acuerdos en todas las unidades militares involucradas.

Por ello, en su momento, consideré que en el Subcaso Casanare resultaba suficiente determinar que los altos mandos impartieron directrices y órdenes que en muchos casos se articularon con los planes criminales develados en el auto[80] y que se lograron reproducir en todos los niveles instrumentalizando todas las presiones que la burocracia institucional militar tenía disponibles para la implementación de los planes. En esta impartición de órdenes, un alto número (pero no todos) de mandos medios sometieron su voluntad al cumplimiento de estas órdenes y perfeccionaron prácticas con sus subalternos para lograr materializarlas a través de planes criminales con *modi operandi* comunes. En consecuencia, si hay un acuerdo de voluntades no es ya para crear una organización

[79] *Ibid*., párrafo 686.

[80] De acuerdo con la información recibida por la Sala, se tenían bases suficientes para establecer que en la Brigada XVI se conformó una organización criminal orientada por dos políticas criminales interdependientes que motivaron la ejecución del patrón macrocriminal. En primer lugar, la consecución de resultados operacionales para beneficio propio a través de asesinatos y desapariciones forzadas; en segundo lugar, la supresión de población estigmatizada, por su supuesta vinculación a grupos insurgentes o vinculación a la criminalidad, o definida por los militares como "indeseables", con la justificación de mejorar la seguridad y hacer justicia, a partir de asesinatos, desapariciones forzadas y persecución.

paralela, sino para perfeccionar la práctica criminal. De esta manera, el aparato asegura su propósito a través de los canales institucionales militares en tanto que son los medios del mando militar los que le dan el carácter de organizado, lo que explicaría por qué su dinámica interna es coincidente con la dinámica de la unidad militar.

Lo anterior no quiere decir que la brigada en su integridad es el AOP, pues se trata de una organización creada legítima y legalmente. La separación de esta legalidad ocurre cuando la orden criminal se reproduce por canales institucionales y es bien recibida (o incluso a la fuerza a través de intimidaciones o presiones) en el interior de la unidad militar en sus diferentes niveles por quienes perfeccionan la práctica. En ese sentido, puede aseverarse que existe un AOP en la brigada en tanto que es la jerarquía militar la que asegura su carácter organizado, pero que este aparato no abarca ni a todos los miembros ni todas las funciones ni a todas las unidades que componen la brigada en su totalidad. No todos los integrantes de la brigada se apartaron del derecho, y aquellos que lo hicieron no lo realizaron en una forma total, es decir, se separaban de la legalidad para cometer los crímenes, pero podían estar obrando conforme a derecho en muchas otras actividades asociadas a su trabajo en la brigada.

No se trata, por lo tanto, de una organización criminal paralela, pues es la institucionalidad militar la que organiza el aparato; pero la unidad militar tampoco se agota en la existencia de este. Así, mientras la Sala logró documentar que alrededor de 367 personas, entre militares, miembros del DAS y terceros civiles habrían conformado la organización, la brigada contaba aproximadamente con 4.700 efectivos en 2005. En pocas palabras, la brigada es mucho más grande que el AOP que se conformó en su interior y a través de su propia institucionalidad para cometer ejecuciones extrajudiciales. Esta diferencia es de grado, pero es de importancia para entender las diferencias entre la organización legal y la organización ilegal que se describen en el auto.

Por otro lado, para representar los distintos niveles jerárquicos del aparato, así como para demostrar los elementos tanto de la autoría mediata como de la coautoría, el Auto 055 de 2022 tiene en cuenta a todos los integrantes del aparato. Esto significa, en primer lugar, que no solo los máximos responsables seleccionados conformaron el aparato, sino que muchas otras personas lo integraron; y, en segundo lugar, que no todos los efectivos de la Brigada XVI formaron parte de este. De hecho, se conoce que hubo personas que formaban parte de la brigada que no participaron en la práctica macrocriminal y que, incluso, denunciaron los hechos. Por ello resulta difícil equiparar a toda la Brigada XVI con el AOP.

Por último, debe indicarse que en buena medida el aparato se pudo mantener en el tiempo también por la compartimentación y el flujo reservado de la información. Es precisamente cuando esta información se empieza a salir

de control, y cuando se hace "evidente" su accionar ilegal, que comienza su proceso de mutación y paulatino cese. Por lo tanto, no resulta contradictorio determinar que el aparato tenía "vida propia" y vocación de permanencia, y al mismo tiempo afirmar que, por distintas circunstancias, se empezó a desarticular en un momento dado.[81]

La necesidad de no analizar las contribuciones delictivas de los responsables de forma independiente, sino en conjunto[82]

En este apartado, en línea con todo lo argumentado hasta el momento, se realizarán consideraciones relativas a la forma de atribución de responsabilidad de la coautoría como se entiende en el Auto 055 de 2022 –que sigue la orientación del Auto 128 de 2021– y a la necesidad de no analizar las contribuciones delictivas de los responsables de forma independiente y separada, sino en conjunto. Esto requiere adoptar un enfoque semejante al que se utiliza al estudiar la responsabilidad a partir de la teoría de la autoría mediata a través de AOP, con base en la cual resultaría difícil examinar cada una de las contribuciones que hizo el autor mediato (principalmente, emitir órdenes) y su relación con cada crimen cometido por sus subordinados. Por ejemplo, en el caso del máximo responsable Soto Bracamonte, al que se le atribuyen las muertes de 82 personas que fueron presentadas como bajas en combate, 49 de las cuales fueron además víctimas de desaparición forzada, sería extremadamente complicado identificar la orden o directriz que dio lugar a cada uno de los asesinatos cometidos por los subordinados.

Desde este enfoque, la Sala tomó como punto de partida una concepción de la autoría y la participación en la que cada sujeto responde, en principio, a partir de una única forma de atribución de responsabilidad. Para ello, al analizar si un sujeto debe responder a título de coautor o de cómplice, se valoran colectivamente las contribuciones para determinar si el aporte del individuo fue esencial o no, junto con el rol que tenía el responsable en la estructura criminal.

La CPI también ha seguido esta línea. En el caso Lubanga, para determinar que el condenado debía responder como coautor en virtud del artículo 25(3)(a) del Estatuto de Roma, la Sala no evaluó si cada contribución era esencial por sí sola para el crimen, sino que las analizó conjuntamente. Así, la Sala

[81] Con la llegada a la brigada de Peña Chivatá y la captura y el traslado de funcionarios de las unidades más influyentes en la práctica, la organización se fue desarticulando gradualmente. El nuevo comandante de la Brigada XVI fue implementando de forma progresiva medidas administrativas y cambios en la unidad que permitieran corregir algunas irregularidades. Las investigaciones de la justicia ordinaria, la captura de los integrantes del Gaula Casanare y los cambios de militares de la unidad, integrantes de la organización criminal, impactaron en la paulatina desaparición de la organización criminal, que para 2008 llega a desaparecer en ciertas unidades.

[82] En este segmento retomo argumentos desarrollados en mi aclaración de voto (Parra Vera, Aclaración de voto del magistrado Óscar Parra Vera al Auto SUB D-055 de 2022, cit.).

examinó su posición dentro de la Unión Patriótica Congoleña (UPC) y de las Fuerzas Patrióticas para la Liberación del Congo (FLPC) y la totalidad de sus contribuciones al reclutamiento, alistamiento y uso de niños menores de 15 años para participar activamente en las hostilidades. Estas contribuciones incluyeron, entre otras, participar en la planificación de las operaciones militares y ofrecer apoyo logístico.[83] Se concluyó:

> *El rol del acusado* dentro de la UPC/FPLC y la relación jerárquica con los demás coautores, *vistos en conjunto con las actividades que realizó personalmente en apoyo del plan común*, como lo demuestran los actos y las visitas a los reclutas y a la tropa, *llevan a la conclusión de que la ejecución del plan común no hubiera sido posible sin su contribución*.[84] (Énfasis agregado)

Por su parte, en el caso Katanga, para llegar a la conclusión de que este debía responder como partícipe en virtud del artículo 25(3)(d) del Estatuto de Roma, que requiere que la contribución sea importante (pero no esencial), la Sala de Primera Instancia indicó:

> En opinión de la Sala, en ese contexto concreto, es evidente que *la influencia de todas las acciones del acusado* –que llevaron a cabo los delitos de ataque contra civiles, asesinato (como crimen de guerra y como crimen contra la humanidad), saqueo y destrucción de bienes– *resultó importante. De hecho, fueron sus actividades en su conjunto y las diversas formas que adoptó su contribución las que, en las circunstancias, tuvieron una influencia significativa en la comisión de esos crímenes*.[85] (Énfasis agregado)

Lo mismo ocurrió en el caso Al Mahdi, en el que la Sala concluyó que este debía responder como coautor del 25(3)(a) del Estatuto de Roma, toda vez que "las contribuciones del Sr. Al Mahdi *se califican colectivamente como una contribución esencial* con el consiguiente poder de frustrar la comisión del delito"[86] (Énfasis agregado).

Analizar conjuntamente las contribuciones del individuo en los casos en los que hay planes y acuerdos comunes a fin de determinar quién responde como coautor y quién como partícipe permite también entender los crímenes en su totalidad, y sin "fragmentar" los distintos aportes que un mismo sujeto puede haber realizado al mismo hecho, en fases distintas. Ello ocurre en el Auto 055 de 2022 con los terceros civiles seleccionados, que realizaron aportes en las fases preparatoria y de encubrimiento en algunos asesinatos cometidos por los efectivos de la Brigada XVI. En estos casos, en los que hay intervención en dos etapas distintas de un mismo crimen, la Sala se los atribuye a estos terceros a título de coautores por entender que las contribuciones que realizaron a las

---

83 CPI, SPI I, Fiscal v. Lubanga, 14 de marzo de 2012, párrafos 1270 y ss.
84 *Ibid*., párrafo 1270.
85 CPI, SPI II, Fiscal v. Katanga, 7 de marzo de 2014, párrafo 1681.
86 CPI, SPI VIII, Fiscal v. Al Mahdi, de septiembre de 2006, párrafo 53.

conductas, en su conjunto, fueron esenciales (si no hubieran reclutado a las víctimas, no habrían ocurrido los asesinatos). Sin embargo, no se imputan los crímenes (ni siquiera a título de cómplice), en los que solo se realizaron contribuciones posejecutivas, es decir, en fase de encubrimiento, como la suscripción de documentos falsos.

En este punto debe recordarse que el enfoque por el que opta la Sala con respecto a la coautoría, cuando los aportes se realizan en fase preparatoria, es el que se desarrolla en el Auto 128 de 2022. Así, lo importante en la coautoría por intervención en fase preparatoria es la aportación esencial al plan. Esa aportación esencial puede darse en la gestación del plan (y, por lo tanto, hablaríamos de intervenciones de personas con mando); sin embargo, en las teorías amplias de la coautoría no ejecutiva, el sujeto que interviene en fase preparatoria realiza un aporte esencial en el conjunto del hecho, y eso sería suficiente para atribuirle conductas a título de coautor. De esta manera, el coautor en estos casos no tiene por qué tener mando; lo importante, se reitera, es que la contribución sea esencial. En una comisión de delitos compleja, la información o la logística, por ejemplo, pueden constituir aportaciones decisivas en la fase preparatoria por parte de una persona sin mando. Así las cosas, en el Auto 055 de 2022, esos aportes en la fase preparatoria realizados por los terceros civiles que reclutaron víctimas y que intervinieron directamente en su retención, al resultar esenciales para el plan, hacen que estos respondan como coautores de esos hechos.

Los desafíos del modelo normativista de imputación basado en las teorías de Jakobs[87]

Un modelo diferente de imputación, que se aleja de la teoría del dominio del hecho y la teoría de la autoría mediata en aparatos organizados de poder, fue impulsado por una subsala de la JEP en el Auto SUB D-062, expedido en el marco del Caso 03, consistente en "Determinar los hechos y conductas ocurridos en el Oriente Antioqueño durante los años 2002 y 2003, atribuibles a miembros de la IV Brigada adscrita a la I División del Ejército Nacional". En este quinto auto de determinación de hechos y conductas (ADHC) proferido en el marco del Caso 03, la Subsala imputó crímenes de guerra y de lesa humanidad a nueve máximos responsables pertenecientes a distintas unidades militares por las 130 muertes ilegítimamente presentadas como bajas en combate entre el 13 de enero de 2002 y el 31 de diciembre de 2003. Entre estos responsables se encuentran un general, dos tenientes coroneles, cuatro subtenientes, un teniente y un soldado regular.

[87] En este segmento retomo argumentos desarrollados en mi aclaración de voto (Óscar Parra Vera, Aclaración de voto del Magistrado Óscar Parra Vera al Auto SUB D-062 de 2023, JEP, Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y Determinación de los Hechos y Conductas, 2023).

En este Auto se demostró que en la Brigada IV la presión por resultados se consolidó con el mensaje de presentar muertes en combate como único indicador de éxito para obtener incentivos, recompensas y no ser trasladados o retirados del Ejército. Así, la Subsala determinó que el fenómeno criminal se inscribió en la política de la IV Brigada del conteo de cuerpos. Las modalidades del patrón macrocriminal, que se basó precisamente en la comisión de asesinatos y desapariciones forzadas de civiles, consistieron, en primer lugar, en la detención previa a los asesinatos presentados falsamente como bajas en combate; en segundo lugar, en el engaño, donde las víctimas se caracterizaban por ser especialmente vulnerables desde el punto de vista económico, habitantes de calle o consumidores problemáticos de sustancias psicoactivas; y, en tercer lugar, en el asesinato y la desaparición forzada de otras personas protegidas, puestas fuera de combate. Asimismo, la Subsala determinó que el fenómeno criminal se inscribió en la política de la IV Brigada del conteo de cuerpos, es decir, en la imposición de las muertes en combate como único indicador de éxito militar.

La Subsala llamó a reconocer responsabilidad a los máximos responsables a partir de dos títulos de imputación distintos. En primer lugar, como autores, a los que, "siendo garantes, contribuyeron a generar las condiciones propicias" para que se cometieran los crímenes y para que la práctica criminal se arraigara.[88] Estos instigaron o indujeron a los ejecutores materiales mediante órdenes genéricas o específicas y la implementación de medidas varias. En segundo lugar, como coautores, a los que "ordenaron directamente a sus subordinados inmediatos la comisión de los asesinatos y actuaron junto con los ejecutores materiales" o "realizaron aportes esenciales en el nivel de ejecución".[89] En esta decisión, la imputación penal se basó en un enfoque normativista que fundamenta la responsabilidad en el ámbito jurídico que define el rol social desempeñado por cada individuo.[90] De esta manera, no se emplea la teoría del dominio del hecho en lo relativo al primer grupo de responsables, lo que representa algunos desafíos.

Entre los debates que genera esta aproximación a la imputación, surgen los siguientes: debates dogmáticos asociados a la aplicación del modelo normativista en el presente Subcaso y otros debates dogmáticos asociados a ciertas afirmaciones que se hacen en la providencia de imputación en el Subcaso Antioquia – Parte 1.

Debates dogmáticos asociados a la aplicación del modelo normativista

En la decisión se presenta una forma de imputación a partir de la teoría de la imputación objetiva del jurista alemán Günther Jakobs en la que se atribuye

88 JEP - Sala de Reconocimiento, Auto SUB D-062 de 2023, cit., párrafo 852.

89 *Idem*.

90 *Ibid*., párrafo 857.

responsabilidad penal al garante institucional a título de autor, por instigar la comisión de los crímenes. Para ello, se explica cómo los miembros de la Fuerza Pública tienen este rol y deben responder como autores, y que existe una equivalencia con la punibilidad de la orden de los comandantes en el DPI.[91] Así, se desarrollan los elementos de la responsabilidad penal del garante institucional a título de autor[92] y, bajo esta modalidad, se imputan crímenes a los responsables Mario Montoya Uribe, Julio Alberto Novoa Ruiz e Iván Darío Pineda Recuero.[93]

A pesar de las diversas teorías del delito existentes, la disyuntiva que se plantea en el marco de la emisión de estos autos en la JEP se da entre la teoría del también jurista alemán Claus Roxin (con variaciones) y el funcionalismo o normativismo radical de Jakobs.[94] Considero que el diálogo con estos autores es relevante para las tareas que desarrolla la JEP, aunque resalto que la realidad fáctica valorada por la jurisdicción va mucho más allá de las disputas de estos autores y estos modelos de imputación, razón por la cual –como lo explico más adelante– la justicia transicional puede encontrar caminos novedosos e integradores de varias teorías.

En primer lugar, es importante tener en cuenta que, en realidad, estos dos autores pertenecen a la misma tradición jurídica. Así, tanto Jakobs como Roxin se enmarcaron en la teoría de la equivalencia de las condiciones[95] y en la teoría

---

91 *Ibid*., párrafos 864 y ss.

92 *Ibid*., párrafos 875 y ss.

93 *Ibid*., párrafos 351 y ss.

94 Silva Sánchez comenta los puntos en común y las diferencias entre Roxin y Jakobs, calificándolos de funcionalismo "moderado" y "radical", respectivamente. (Jesús María Silva Sánchez, *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, Barcelona, Bosch, 1992, pp. 67-72).

95 Antes de que se hablara de imputación objetiva, se empieza a discutir qué vinculación tiene que existir entre una conducta y un resultado para que pueda imputarse el resultado a la conducta. Fue a principios del siglo XX cuando la teoría de la equivalencia de las condiciones se fue imponiendo frente a otras; y precisamente todas las teorías de la imputación objetiva se mueven en el marco de la teoría de la equivalencia. De hecho, esta fue la teoría causal dominante durante todo el siglo XX. La "teoría de la equivalencia", como teoría de la causalidad, considera como causa todo aquello que contribuye al resultado; es decir, será causa toda condición para que ocurra. De esta manera, el procedimiento para determinar cuándo se está ante la presencia de una causa es la fórmula de la *conditio sine qua non*, que establece que si se suprime mentalmente determinada condición y el resultado desaparece, dicha condición es causa del mismo (Hans Heinrich Jescheck y Thomas Weigend, *Tratado de derecho penal, Parte general*, v. I, Lima, Instituto Pacífico, 2014, pp. 411 y ss.). Esta teoría, a pesar de las injusticias a las que llevaba en algunos casos, es teoría dominante desde hace aproximadamente 120 años. En la teoría de la equivalencia de las condiciones no se enmarcaron inicialmente ni Roxin, ni Jakobs. Un primer paso para solucionar el problema dogmático que planteaba la teoría de la equivalencia de condiciones fue la "teoría de la adecuación", que comenzó a ganar adeptos en la doctrina, según la cual la causa será únicamente la condición adecuada del resultado (en vez de que causa es toda condición del resultado, como exigía la teoría de la equivalencia) (Manuel Cancio Meliá, "La teoría de la adecuación social en Welzel", *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, t. 46, Fasc/Mes 2, 1993, pp. 697-730).

de la imputación objetiva,[96] y se nutrieron de autores como Honig, quien fue uno de los primeros en hablar de "imputación objetiva". De esta manera, no puede decirse que en realidad las teorías de estos dos autores se encuentren en puntos tan distantes.

La "moderna" teoría de la imputación objetiva empezó a dibujarse en 1970, cuando Roxin plantea su "principio del riesgo".[97] Este autor ya había identificado previamente algunos elementos que eran relevantes para su aproximación, principalmente relacionados con la existencia de una conducta *ex ante* que hiciera previsible el resultado y que este riesgo estuviera desaprobado. Jakobs también se enmarcó, entonces, en esta formulación que planteó Roxin y que restringe drásticamente la teoría de la equivalencia de las condiciones.[98]

Con el devenir de los años, desde la decisión de confirmación de cargos en *Lubanga*,[99] la CPI ha aplicado una adaptación de la teoría de Roxin en todas sus decisiones.

En similar sentido se ha venido aplicando la teoría del dominio del hecho en distintas decisiones de la JEP emitidas hasta el momento. Dentro de estas, se incluyen diversos ADHC en distintos macrocasos, aunque con algunas modificaciones a la teoría para adaptarla a contextos de macrocriminalidad como los que enfrenta la JEP. Así, por ejemplo, en el Auto 128 de 2021 se estableció que se aceptaría la coautoría de responsables aun cuando estos hubieran contribuido únicamente con aportes en fase preparatoria, siempre y cuando estos hubieran sido esenciales.[100] Esta línea se siguió en el Auto 055 de 2022.[101] De esta manera, haciendo uso de la teoría de Roxin para distinguir entre autoría y participación, a los responsables en este y otros macrocasos se les han imputado delitos a título de (co)autores mediatos, coautores y cómplices.

Ahora bien, como explica Silva Sánchez, "la evolución de la discusión jurídico-penal que ha tenido lugar en el espacio hispanohablante en los últimos treinta años no se entiende sin considerar la influencia de Günther Jakobs" y los

---

[96] La teoría de la imputación objetiva, como doctrina moderna, hoy es acogida por prácticamente todas las corrientes doctrinarias en el derecho penal. Esto significa que, aunque esta teoría nace del funcionalismo, hoy la aceptan también incluso las corrientes no funcionalistas. La única que la rechazaría, al menos nominalmente, es el finalismo (Luis Greco, *La teoría de la imputación objetiva*, Puno, Zela, 2021, p. 44).

[97] Claus Roxin, *Problemas básicos del derecho penal*, Madrid, Reus, 1976, p. 133.

[98] El amplio parentesco entre las posiciones de Roxin, Frisch, Wolter y Jakobs lo subraya (Bernd Schünemann, "Introducción al razonamiento sistemático en derecho penal", en Bernd Schünemann (ed.), *El sistema moderno del derecho penal. Cuestiones fundamentales*, Madrid, Tecnos, 1991, pp. 31 y ss., 63 y ss.).

[99] CPI, Fiscal v. Lubanga, cit.

[100] JEP - Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas, Auto 128 de 7 de julio de 2021, párrafos 867 y ss.

[101] JEP - Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas, Auto SUB D-055 de 14 de julio de 2022, párrafo 709.

debates que este autor ha suscitado.[102] La jurisprudencia de los altos tribunales colombianos ha sido sensible a las formulaciones doctrinales de Jakobs,[103] aunque en la jurisprudencia de la CSJ puede verse también la influencia de Roxin,[104] así como en la redacción de artículos como el 22 o el 25 del Código Penal.

Al adoptar la teoría de Jakobs la mencionada decisión, se realizaron interpretaciones de la norma penal colombiana que presentan algunos debates. Un primer desafío en la materia es que se traslada al ámbito de la acción el fundamento de la comisión por omisión del artículo 25 del Código Penal, es decir, se extiende la figura de la posición de garante al delito comisivo. El debate en esta materia es si esta disposición, que constituye la cláusula de equivalencia para los tipos omisivos, pudiera no consagrar una posición de garante institucional que permita la imputación de comportamientos activos y omisivos solamente por el rol que ocupaba una persona en el momento en el que se cometieron los crímenes. La decisión en cuestión señala:

> En consecuencia, el garante institucional responde *siempre como autor* por el incumplimiento de los deberes que se desprenden de su ámbito de competencia, sin importar que desde el punto de vista fáctico su conducta haya sido activa u omisiva e *independientemente de que haya cometido por sí mismo la conducta criminal, la haya instigado o haya contribuido a que otros la cometieran*. Este es precisamente el caso de titulares de funciones estatales esenciales, como miembros de las fuerzas de seguridad del Estado: así, por ejemplo, quien induce a los subordinados a realizar actos antijurídicos, debe, como consecuencia, ser tratado como si él mismo hubiera ejecutado dichos actos.[105] (Énfasis agregado)

De esta manera, la decisión utiliza una suerte de "autoría por instigación", figura que considero que podría ser ajena a la tradición jurídica colombiana. El Código Penal (CP) colombiano diferencia entre autores y partícipes, reconociendo los menores desvalores que explican el comportamiento de los segundos. En este sentido, no resulta lo mismo ser un determinador o instigador que

---

[102] Como describe Silva Sánchez: "La oposición doctrinal se centró inicialmente en la crítica a la teoría de sistemas como fundamento metodológico de las tesis de Jakobs, atribuyéndole el mencionado sustrato autoritario. Con posterioridad, las críticas se han dirigido de modo prácticamente exclusivo a la noción de 'Derecho penal del enemigo' y sus repercusiones político-criminales, por un lado; y a la diferenciación constructivista entre individuo –como mera naturaleza– y persona, expresada en los prolegómenos de la filosofía jurídica de Jakobs" (Jesús María Silva Sánchez, "La influencia de la obra de Günther Jakobs en el espacio jurídico-penal hispanohablante", *InDret*, v. 1, 2019, pp. 3-4).

[103] Entre las que se destacan las siguientes sentencias de la CSJ, Sala de Casación Penal: Sentencia de 20 de abril de 2006, Rad. 22.941; Sentencia de 3 de octubre de 2007, Rad. 28386; Sentencia de 29 de junio de 2011, Rad. 36.402. De la Corte Constitucional se destaca: Sentencia SU-1184 del 13 de noviembre de 2001.

[104] Por ejemplo, de la CSJ, Sala de Casación Penal: Sentencia de 12 de febrero de 2014, Rad. 36312; Sentencia de 23 de septiembre de 2015, Rad. 38076; Sentencia de 25 de julio de 2018, Rad. 45259; Sentencia de 1 de julio de 2020, Rad. 56174.

[105] JEP - Sala de Reconocimiento, Auto SUB D-062 de 2023, cit., párrafo 859.

un autor aun cuando, por cuestiones de punibilidad y política criminal, se les asigne a los dos la misma pena. Así, genera debates la afirmación de que "para efectos de la determinación de las sanciones en la JEP, la imputación de un comandante miembro de la fuerza pública como autor o como determinador no tendría por qué implicar *per se* alguna diferencia", especialmente cuando en el caso de la JEP, los criterios de selección de la sanción no hacen referencia al título de imputación, sino al reconocimiento del compareciente.[106]

Es claro que la teoría de Jakobs plantea un concepto unitario de autor, que en esencia no realiza distinciones entre todos los que intervienen en el delito. Desde esta perspectiva, la entidad del aporte no es relevante y no se diferencia entre autores y partícipes. La decisión sigue esta línea al argumentar:

> El enfoque aquí adoptado permite dejar en claro, por consiguiente, que, para la SRVR, la responsabilidad de los comandantes militares, miembros de la fuerza pública, siempre será a título de autoría, así desde el punto de vista fáctico los aportes sean, en principio, accesorios o propios de quienes, desde el punto de vista del dominio del hecho, en estricto sentido serían cómplices o determinadores. Es decir, *así fácticamente estos hayan contribuido como cómplices o como determinadores, debido al rol de mando, la responsabilidad siempre será a título de autoría*.[107] (Énfasis agregado)

Por lo tanto, aunque existan legislaciones penales en las que no se formulen distinciones penológicas entre autores y partícipes, en la tradición colombiana esta distinción se ha trabajado y ha tenido algunos roles asociados a la fundamentación material del título de imputación. En términos de determinar qué ha ocurrido en un fenómeno criminal, al partícipe se le reconoce que su aporte al hecho delictivo (o al patrón macrocriminal en este caso) es de menor entidad por contener menores desvalores. Es cierto que en un contexto transicional podría no ser de tanta relevancia la existencia de una rebaja de pena como forma de diferenciar entre autores y partícipes. Sin embargo, el debate se concentra en si resulta admisible o no, y en qué circunstancias, una concepción unitaria de autor. En principio, no es tan clara la posibilidad de deducir un concepto unitario del CP colombiano, según lo previsto en el artículo 30 CP ("son partícipes el determinador y el cómplice"). Esta disposición establece la accesoriedad limitada. Además, de acuerdo con la jurisprudencia de la CSJ:

> Desde este punto de vista no se puede confundir ni los conceptos, ni las categorías dogmáticas propias de unos y otros, ni las consecuencias que de una tal distinción se derivan. Así, *ni lógica, ni ontológicamente se puede equiparar al autor con el cómplice*, pues mientras el uno recorre íntegramente el tipo con su conducta, el otro apenas presta una ayuda a la ejecución del mismo. Ni al determinador con el autor mediato, *pues mientras aquel no domina el hecho, como manifestación propia de la accesoriedad de la*

[106] *Ibid*., párrafo 869.
[107] *Ibid*., párrafo 874.

participación, ese sí es señor y dueño de la acción aun cuando materialmente no ejecute la conducta.[108] (Énfasis agregado)

En ese sentido, hay que tener en cuenta que la legislación nacional (e internacional, pues hay doctrina suficiente para afirmar que lo mismo hace el artículo 25 del Estatuto de Roma)[109] entiende que es esencial determinar el aporte al riesgo para la imputación penal. La teoría de Jakobs, como se ha venido explicando, no tiene en cuenta la calidad de los aportes que realice el responsable, pues lo que importaría esencialmente es la posición de garante, el ámbito de competencia del sujeto, y la infracción de deberes. Para Jakobs, entonces, en los delitos de organización cabría la participación, pero en los delitos institucionales solo se admite la autoría, para quien infringe su deber especial, con independencia de su aporte causal. Como afirma Perdomo, entonces, en los delitos de infracción de deber, el criterio para delimitar autoría y participación no es cuantitativo, sino que "está determinado por el estatus que ocupa el obligado institucional" y, por eso, "toda contribución a la comisión del hecho es autoría, aunque se trate de aportes insignificantes".[110]

Así, sin importar la magnitud de su contribución, el garante puede responder como autor, precisamente por el rol de garante institucional que tenía el miembro de la Fuerza Pública. Esto significa que, aunque en el CP colombiano y en muchos otros, el determinador o instigador es un partícipe y tiene, por lo tanto, responsabilidad accesoria, según el ADHC, el instigador puede ser un autor si se cumplen los elementos requeridos en la teoría de la imputación objetiva de Jakobs. En su lugar, considero que imputar una "autoría por instigación" a la luz del derecho penal colombiano podría acotarse a escenarios como el de la inducción u otros similares.

Otro punto importante es el efecto que tiene esta teoría sobre los elementos subjetivos de la tipicidad. Por una parte, algunos autores consideran que se trata a los poseedores de conocimientos especiales de manera condescendiente,[111] pues, aunque estos se encuentren presentes, se consideran irrelevantes mientras el sujeto actúe dentro de su ámbito de competencia. Adicionalmente, el dolo se estandariza y en un gran sentido se vuelve objetivo, lo cual podría llevar a confundir el conocimiento de la ilicitud del comportamiento y la ausencia de error con la prueba del conocimiento de los elementos del tipo y la correspon-

[108] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia de 21 abril de 2004, Proceso 19930, M. P. Mauro Solarte Portilla.

[109] Gerhard Werle y Boris Burghardt, "Establishing degrees of responsibility: Modes of participation in Article 25 of the ICC Statute", en Elies van Sliedregt y Sergey Vasiliev (eds.), *Pluralism in International Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press, 2014.

[110] Jorge Fernando Perdomo Torres, *Modelo normativista de imputación en macrocriminalidad y crímenes internacionales*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2022, p. 91.

[111] Greco, *La teoría de la imputación objetiva*, *op. cit*., p. 123.

diente voluntad de realización. Estos debates se enmarcan en la forma en que la doctrina internacional valora los elementos subjetivos de la tipicidad al explicar y sancionar los crímenes internacionales.[112] Así lo pone en evidencia el artículo 30 del Estatuto de Roma y los estatutos de los tribunales *ad hoc*.

En mi opinión, una opción viable –dada la evidencia disponible– podría haber sido no haber imputado a partir de la responsabilización de los comparecientes por el rol que ocupaban en la organización legal o ilegal y de la responsabilidad objetiva, y haberse centrado, por el contrario, en analizar la importancia del aporte de los responsables al plan y al patrón macrocriminal. Es fundamental que las imputaciones reflejen lo que realmente sucedió en los fenómenos criminales; así, lo esencial debería partir de una valoración no solo del rol, sino también de la totalidad de contribuciones a los crímenes realizadas por el compareciente, como se ha venido haciendo en las imputaciones anteriores y por la CPI en sus distintos casos. De hecho, cuando la decisión se refiere a qué tanto los tribunales *ad hoc* y la CPI también han considerado que la posición jerárquica es un factor decisivo,[113] debe advertirse que en realidad en dichos escenarios el rol ha sido esencial para determinar quién, junto con la valoración del conjunto de contribuciones, es autor o partícipe.[114]

Más allá de los modelos teóricos de imputación o de los autores que se asocien a dichos modelos, lo fundamental es que las teorías y los argumentos que se utilicen expliquen de la mejor manera el fenómeno macrocriminal. En mi opinión, cierto tipo de aplicaciones de la perspectiva normativista, en esta escala del nivel de brigada, podría no llegar a valorar con mayor precisión la relevancia jurídico-penal de las formas concretas de contribución a los crímenes.

Otros debates dogmáticos asociados al rol de la organización –aparato criminal

Para aludir al uso de la teoría de Jakobs en la JEP, he tomado como referencia la imputación mencionada en el Subcaso Antioquia del macrocaso de falsos positivos. En esa decisión, cuando se descarta la posibilidad de realizar la imputación de los máximos responsables a título de autores mediatos en virtud del dominio de un AOP, ese descarte se hace refiriéndose a que la JEP ha exigido el requisito del apartamiento del derecho, el cual se ha conectado con la idea de organizaciones criminales incrustadas en las unidades militares.[115] Así se explica que, teniendo en cuenta la evidencia recolectada, no se cuenta con elementos de juicio para afirmar, conforme al estándar probatorio aplicable en

[112] Ligia María Vargas, *El elemento subjetivo del delito en el Estatuto de Roma: un análisis de derecho penal comparado*, Bogotá, Ediciones Uniandes y Grupo Editorial Ibáñez, 2020.
[113] JEP - Sala de Reconocimiento, Auto SUB D-062 de 2023, cit., párrafo 865.
[114] CPI, Fiscal v. Lubanga, Situación en la República Democrática del Congo en el caso del Fiscal contra Thomas Lubanga Dyilo, ICC-01/04-01/06, 14 de marzo de 2012, párrafos 1270 y ss.
[115] JEP - Sala de Reconocimiento, Auto SUB D-062 de 2023, cit., párrafos 871 y ss.

esta etapa procesal, que esto haya sucedido entre los años 2002 y 2003, en la Cuarta Brigada, pues no hay evidencia de que existiera una organización criminal incrustada en ella.[116]

Sin embargo, es difícil entender por qué se afirma que no existe la posibilidad de identificar la existencia de un aparato criminal en la ejecución de los crímenes, cuando este ha sido evidenciado en las demás imputaciones que ha proferido la JEP. Esto podría incentivar la idea de que los crímenes cometidos no respondieron al plan criminal promovidos por una organización criminal, sino a la actuación aislada de algunos miembros de la Fuerza Pública, lo cual no guarda coherencia con la existencia de una política de facto basada en el conteo de cuerpos como se determinó en la providencia. Además, descartar el potencial explicativo de teorías que requieren la identificación de organizaciones y aparatos criminales, y de los responsables ubicados en los distintos niveles, podría impedir el esclarecimiento de la magnitud del fenómeno criminal y podría afectar el derecho a la verdad. Todo ello cuando, además, se prueba claramente en la decisión la existencia de órdenes tanto implícitas como explícitas que llevaron a la comisión de crímenes por los subordinados.

Por otro lado, también existen debates respecto a la decisión de no hablar de una "gran coautoría" en virtud de los acuerdos (asociaciones) que habrían existido entre las personas identificadas como máximos responsables y a la perdurabilidad en el tiempo de dichos acuerdos, como se efectuó en una imputación anterior, el Auto 125 de 2021. En esta decisión se identificaron organizaciones criminales conformadas por miembros de la BRIM15 y del Bisan durante 2007 y 2008, enquistadas en estas unidades militares. Se explicó cómo estas organizaciones estaban integradas por comandantes y miembros más importantes del estado mayor y la plana mayor, asociados con otros oficiales, suboficiales y soldados, y cómo contaban con objetivos criminales y un plan criminal común donde se distribuían tareas y se utilizaban las posiciones de mando, sus facultades y los recursos públicos para cometer crímenes. Lo anterior permitió posteriormente atribuir responsabilidad a los comparecientes seleccionados en virtud de una coautoría.

Este mismo ejercicio se realizó en los autos 128 de 2021 (a nivel de batallón) y 055 de 2023 (a nivel de brigada), donde se identificaron organizaciones criminales que luego fueron esenciales para revelar los correspondientes aparatos organizados de poder. Sin perjuicio de las diferencias existentes en estas imputaciones, lo cierto es que se logró, a partir de una debida contrastación de fuentes, esclarecer el funcionamiento de organizaciones criminales y revelar patrones de macrocriminalidad. Considero que quizás no corresponda un descarte tan tajante de la existencia de una organización criminal en este caso,

[116] *Idem*.

cuando de la misma providencia parecen extraerse elementos suficientes que demostrarían su conformación.

En ese sentido, algunas de las versiones que incluye la decisión como elementos probatorios para fundamentar las imputaciones permiten pensar que un análisis quizás más profundo y fundamentado en otros indicios habría posibilitado comprobar la existencia de una organización (en los términos de las imputaciones que se han venido haciendo en el Caso 03). Por ejemplo, cuando se explica la coautoría como título de imputación de algunos máximos responsables se afirma:

> En virtud del principio de imputación recíproca de la coautoría, a Carvajal Chisco se le deben imputar todos los crímenes cometidos por los miembros de las baterías Bombarda y Cañón durante los periodos de su comandancia, dado que su intervención en dichos crímenes tuvo lugar como parte de un *acuerdo más amplio entre los integrantes de cada una de estas unidades*, dirigido a facilitar el reporte de falsas bajas en combate.[117] (Énfasis agregado)

Por lo tanto, si existía un acuerdo entre los integrantes de las unidades, ese acuerdo podría haber sido extensible a los comandantes de más alto rango. Esto implica que, además, podría no existir tanta claridad respecto al flujo de información entre los autores y los coautores, ni el efecto que tuvo en términos de su imputación penal, aun cuando es claro que todos hacen parte de una misma forma de criminalidad de sistema. En contraste, podrían haberse empleado modelos de imputación que combinan la autoría mediata y coautorías (Auto 128 de 2021 y Auto 055 de 2023), o la responsabilidad por el mando y coautorías (Auto 125 de 2021), a fin de seguir una línea semejante a las imputaciones previamente emitidas en el caso. Considero que podrían existir elementos para afirmar que el acuerdo criminal de los coautores podría entenderse como inclusivo de acuerdos con los mandos más altos en el marco de esta criminalidad de sistema que se ha mencionado. En suma, creo que pueden utilizarse modelos de imputación que combinan la autoría mediata y coautorías, como se ha hecho en otras imputaciones.

Consideraciones finales: importancia de adoptar distintos enfoques dogmáticos en la justicia transicional

La Sección de Apelación de la JEP ha señalado: "La dogmática penal es sólo un instrumento de interpretación de la ley penal y no tiene una relación de prevalencia o superioridad sobre la dogmática transicional, que se construye con otros objetivos y dentro de un marco diferente".[118] Con base en esta afirmación debe aseverarse que, si bien la dogmática penal es un instrumento sumamente

[117] *Ibid*., párrafo 1058.
[118] JEP - Sección de Apelación, Auto 565 de 15 de julio de 2020.

valioso para la JEP, las teorías en torno a determinadas formas de intervención delictiva no deberían analizarse desde una visión demasiado rígida que no permita adaptarse a la realidad de lo que sucede en contextos de criminalidad de sistema, donde los niveles de masividad son tan altos y donde las unidades militares y las jerarquías que intervienen revisten complejidades importantes al momento de analizar la responsabilidad penal. Así se ha hecho en los distintos autos expedidos hasta el momento en la JEP.

Esta flexibilidad también se presenta en el hecho mismo de que se adopten distintas teorías en el marco de un mismo caso, cuando se opta por enfoques mixtos. En este sentido, la imputación realizada en el Subcaso Antioquia – Parte 1 explica lo siguiente:

> … más allá de las discusiones doctrinales, es importante anotar que, para la Sala, *la adopción de enfoques mixtos no es del todo problemática e incluso, desde el punto de vista de la labor de adjudicación judicial, en ocasiones es necesaria*, en aras de responder con mayor justicia ante situaciones complejas *que difícilmente se dejan reducir a la sistematicidad o lógica interna de los planteamientos teóricos*. Esta circunstancia, en un contexto de justicia transicional, se debe ponderar, a fin de encontrar en las figuras dogmáticas el mayor apoyo posible y extraer de ellas sus mayores rendimientos, *como una caja de herramientas que bien utilizadas permiten mostrar que las decisiones judiciales no se toman arbitrariamente*. De esta manera, el enfoque normativista, lejos de conducir a un resultado caprichoso, en este caso permite a la Sala dar una explicación racional y más precisa tanto de los aportes de algunos comparecientes como de la valoración que esta realiza sobre ellos y mostrar que dicha valoración coincide con la que se tiende a hacer en casos similares (comandantes que inducen) de macrocriminalidad, juzgados en el ámbito internacional.[119]

Asimismo, y como he señalado en ocasiones anteriores,[120] debe recordarse que no resulta equivocado utilizar distintas teorías en los diferentes casos en la JEP. Y es que, en efecto, ninguna teoría es perfecta. Para ilustrar este punto, es útil mencionar cómo algunos profesores de derecho internacional penal han puesto de presente, por ejemplo, en relación con los casos ante la CPI, que "el problema de la 'control theory' [o lo que se conoce por teoría del dominio del hecho de Roxin], radica en que se ha aplicado por la CPI de manera que excluye otras teorías de atribución de responsabilidad en el marco del artículo 25(3) del Estatuto de Roma". Otros han señalado que los criterios que exige la teoría del dominio del hecho hacen que la carga de la prueba sea demasiado elevada, y que debería rebajarse para que fuera más práctica y aplicable.[121]

---

[119] JEP - Sala de Reconocimiento, Auto SUB D-062 de 2023, cit., párrafo 873.

[120] Parra Vera, Aclaración de voto del magistrado Óscar Parra Vera al Auto 125 de 2021, cit.

[121] Smeulers señala, además, que desde un punto de vista sociológico/criminológico, es difícil (si no imposible) establecer criterios tan estrictos porque el comportamiento humano y la dinámica social relacionada con este son complejos y extremadamente difíciles de encajar en términos absolutos. Esto es especialmente cierto cuando se trata de un gran número de autores que desempeñan diferentes papeles, tienen diferentes motivos e interactúan entre sí (Alette Smeulers, "A

En este marco, teniendo en cuenta el nivel de complejidad del Caso 03, la Sala de Reconocimiento puede utilizar diferentes títulos de imputación (formas de autoría y participación), así como modelos de atribución de responsabilidad (centradas en hechos ilustrativos o a partir de roles en patrones macrocriminales). No existe un único camino argumentativo y cada subcaso dentro del Caso 03 ha focalizado sus esfuerzos en esclarecer las particularidades del fenómeno en el marco de la dinámica del conflicto en los respectivos territorios. Pese a que se trata de un mismo fenómeno, las prácticas varían considerablemente atendiendo a diversos factores de contexto. Ello trae consigo la necesidad de dejar abierto el abanico de posibilidades para escoger el modelo de imputación de acuerdo con el nivel de esclarecimiento que se haya logrado, las particularidades de los patrones y, en general, el material probatorio con el que se cuente. La Sala puede hacer uso de un espectro de modelos teóricos e investigativos para dotar de sentido las hipótesis investigativas de acuerdo con el material probatorio recaudado.

A pesar de que en el Caso 03 se trata de esclarecer la responsabilidad de integrantes de un mismo actor armado, frente a diferentes subconjuntos de hechos y distintas características de las subestructuras que se formaron dentro del Ejército para la práctica de las muertes ilegítimamente presentadas como bajas en combate, puede haber también una calificación jurídica de la intervención distinta, sin que esto implique necesariamente una contradicción. La jurisprudencia penal internacional brinda algunos elementos para sostener que, en desarrollo de un contexto de violaciones de los derechos humanos y en una misma organización, el rol de una persona puede calificarse desde diversas perspectivas o con calificaciones de diferente naturaleza. En una decisión del Mecanismo Residual Internacional de los Tribunales Penales (MRITP), en la apelación del caso Mladic puede observarse cómo se le condena por haber intervenido en cuatro empresas criminales de muy variada naturaleza, características y alcance, en el marco de la campaña contra la población musulmana en Serbia y Bosnia,[122] sin que ello suponga contradicción alguna en la explicación general de los hechos.

De esta manera, para el TPIY primero y el MRITP después, las empresas criminales conjuntas coexistieron y Mladic fue encontrado responsable por haber contribuido en todas ellas de manera significativa.[123] En el interior de una

---

criminological approach to the ICC's control theory", en Kevin Heller, Frédéric Mégret, Sarah Nouwen, Jens Ohlin y Darryl Robinson (eds), *The Oxford Handbook of International Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press, 2020, p. 399).

[122] MRITP, SA, Fiscal v. Mladic, Sentencia de 8 de junio de 2021.

[123] Mladic se desempeñó desde 1985 hasta 1992 como integrante del Ejército Popular Yugoslavo y entre 1992 y 1996 como comandante general del Ejército de la República Srpska (VRS). Por su rol en dicho cargo durante la guerra de los Balcanes, fue condenado en primera instancia por los crímenes de genocidio; crímenes de lesa humanidad como persecución, exterminio, homicidio y

misma organización, entonces, pueden coexistir diferentes subestructuras, sean estas empresas criminales conjuntas, aparatos organizados de poder o incluso "coautorías", en las que una o varias personas pueden participar dependiendo de sus roles en ellas. Esto puede servir para entender cómo, a pesar de que en el Caso 03 se trata de esclarecer la responsabilidad de integrantes de un mismo actor armado, frente a diferentes subconjuntos de hechos y distintas características de las subestructuras que se formaron dentro del Ejército para la práctica criminal de las muertes ilegítimamente presentadas como bajas en combate, puede haber también una calificación jurídica de la intervención distinta, sin que esto implique necesariamente una contradicción.

De esta manera, parece necesario no partir de una visión demasiado estricta de las teorías ni casarse únicamente con una de ellas desde el comienzo. Considero entonces la posibilidad de que coexistan en la JEP diversas teorías y distintas formas de atribución de responsabilidad. Así, como lo indica la JEP:

> El enfoque aquí adoptado para las imputaciones *no impide, además, que en etapas subsiguientes o en otros subcasos del Caso 03 o en otros casos de la SRVR sobre miembros de la fuerza pública se llegue a conclusiones distintas y se apliquen otras formas de imputación*, como la autoría mediata. Esto, por supuesto, siempre con base en la evidencia disponible y teniendo como norte, de nuevo, la caracterización fáctica y la valoración jurídica más precisas posibles de los hallazgos relacionados con la conducta individual.[124] (Énfasis agregado)

La teoría del dominio del hecho es una, pero no la única teoría penal al tratar de deslindar quiénes son autores y quiénes son partícipes en la ejecución de crímenes en contextos de macrocriminalidad. Y, de todas maneras, aunque fuera esta teoría por la que se optara en la JEP, tampoco sería adecuado partir de una concepción estricta de esta que fuera en perjuicio del deber de la Sala de Reconocimiento de mostrar las sinergias en el interior de una estructura criminal que condujeron a la comisión de crímenes internacionales. Lo importante, en mi opinión, es mantener un nivel de coherencia entre las diversas imputaciones

---

tratos inhumanos, entre otros, así como por crímenes de guerra como toma de rehenes, terrorismo y homicidio. El reproche se concentró en señalarlo por su rol de liderazgo en cuatro empresas criminales conjuntas: la primera, dirigida a remover población bosnia musulmana y bosnia croata de territorios reclamados por los serbios en Bosnia-Herzegovina ("Overarching JCE"), entre 1992 y 1995; la segunda, por difundir terror en la población civil de Sarajevo a través de una campaña de francotiradores y bombardeos, entre 1992 y 1995 ("Sarajevo JCE"); la tercera, dirigida a eliminar a la población bosnia musulmana en Srebrenica, entre julio y octubre de 1995 ("Srebrenica JCE"); y la cuarta dirigida a la toma de rehenes que hacían parte de la fuerza de protección de la ONU o eran personal de la ONU, detenerlos en ubicaciones militares de importancia estratégica para prevenir que la OTAN realizara bombardeos contra objetivos militares serbio-bosnios, entre mayo y junio de 1995 ("Hostage-taking JCE") (TPIY, SPI I, Fiscal v. Mladic, Sentencia de 22 de noviembre de 2017).

[124] JEP - Sala de Reconocimiento, Auto SUB D-062 de 2023, cit., párrafo 872.

y aplicar las diversas teorías con rigor argumentativo, particularmente en la valoración de evidencia.

A medida que en el Caso 03 se siga avanzando con nuevos autos de determinación de hechos y conductas, y se desarrollen nuevas fases del macrocaso, pueden surgir otras formas de narración de lo ocurrido y la aplicación de diversos modelos de imputación, ajustados a la luz de lo que se compruebe tanto en las aproximaciones locales y regionales al fenómeno como en el posterior análisis de coincidencias, diferencias y el recaudo probatorio específico para esas fases y niveles. Al finalizar el macrocaso, luego del avance pormenorizado en los subcasos territoriales y en nuevas escalas en distintas fases, será posible una visión de conjunto que armonice las conclusiones sobre división del trabajo entre máximos responsables en diversos tipos de organización. La magnitud y complejidad de lo que está bajo análisis exige diversos diálogos con modelos teóricos, adaptándolos en lo pertinente en orden a consolidar el enfoque más idóneo para garantizar el acceso a la justicia y el derecho a la verdad de las víctimas y de la sociedad colombiana.

Bibliografía

Ambos, Kai, *La parte general del derecho penal internacional. Bases para una elaboración dogmática*, trad. de Ezequiel Malarino, Montevideo, Fundación Konrad Adenauer / Temis, 2005.

Ambos, Kai (coord.), *Imputación de crímenes de los subordinados al dirigente*, Bogotá, Temis, 2009.

Ambos, Kai, *Trasfondos políticos y jurídicos de la sentencia contra el expresidente peruano Alberto Fujimori*, Bogotá, Temis, 2020.

Aponte, Alejandro, *Derecho penal y filosofía. Textos escogidos*, v. I, Bogotá, Editorial Gustavo Ibáñez, 2014.

Aponte, Alejandro, *Agresiones sexuales en conflicto armado: criterios de interpretación y fórmulas de imputación*, Bogotá, Universidad de La Sabana, Editorial Ibáñez, 2019.

Bernal Sarmiento, Camilo Ernesto, "Macrocriminalidad y la imputación del hecho total en el caso colombiano: una propuesta exploratoria", en E. Escalante (ed.), *Debates y aportes al Sistema Integral de Derecho Penal. Obra homenaje al profesor Jorge Arenas Salazar*, t. II, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2021.

Cancio Meliá, Manuel, "La teoría de la adecuación social en Welzel", *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, t. 46, Fasc/Mes 2, 1993.

Corte Constitucional, Sentencia C-579 de 2013, M. S. Antonio José Lizarazo Ocampo.

Corte Constitucional, Sentencia C-080 de 2018, M. S. Antonio José Lizarazo Ocampo.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia de abril 21 de 2004, Proceso 19930, M. P. Mauro Solarte Portilla.
Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia de 7 de marzo de 2007, Rad. 23815 (voladura del oleoducto cercano a Machuca).
Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia 29.221 de 2 de febrero de 2009.
Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia de 23 de febrero de 2009, Rad. 29418.
Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia de 21 de septiembre de 2009, Rad. 32022.
Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Rad. 32805 de 23 de febrero de 2010.
Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia de 14 de septiembre de 2011, Rad. 32000.
Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia de 26 de septiembre de 2012, Rad. 38.250.
Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Auto de 22 de mayo de 2013, Proceso 40830.
Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia de 12 de febrero de 2014, Rad. 40214.
Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Rad. 33.633 de 3 de agosto de 2016.
Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, rad. 50.236 de 5 de diciembre de 2018.
Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, rad. 40.098 de 27 de marzo de 2019.
Corte Suprema de la República de Perú, Sentencia de 07 de abril de 2009, Proceso A.V. 19-2001, Caso Alberto Fujimori Fujimori.
Corte Penal Internacional (CPI), SPI VIII, *Fiscal v. Al Mahdi*, septiembre de 2006.
CPI, Fiscal v. Lubanga, Decisión de confirmación de cargos, ICC-01/04-01/06-803-tEN, 7 de febrero de 2007.
CPI, Fiscal v. Katanga y Chui, Decisión de confirmación de cargos, ICC-01/04-01/07, 30 de septiembre de 2008.
CPI, Fiscal v. Katanga y Chui, Sentencia relativa a la apelación del Sr. Katanga contra la decisión de la Sala de Primera Instancia II de 20 de noviembre de 2009, ICC-01/04-01/07 OA 10, 14 de octubre de 2008.
CPI, SCP I, Fiscal v. Al Bashir, Decisión sobre la solicitud de la Fiscalía en relación con la orden de arresto contra Omar Hassan Ahmad Al Bashir de 4 de marzo de 2009.

CPI, Fiscal v. Ruto *et al.*, Decisión sobre la Confirmación de Cargos de conformidad con el Artículo 61(7)(a) y (b) del Estatuto de Roma, ICC-01/09-01/11-373, 4 de febrero de 2012.

CPI, Fiscal v. Lubanga, Situación en la República Democrática del Congo en el caso del Fiscal contra Thomas Lubanga Dyilo, ICC-01/04-01/06, 14 de marzo de 2012.

CPI, SPI II, Fiscal v. Katanga, 7 de marzo de 2014.

CPI, Fiscal v. Ntaganda, Decisión de conformidad con el Artículo 61(7)(a) y (b) del Estatuto de Roma sobre los Cargos del Fiscal contra Bosco Ntaganda, ICC-01/04-02/06, 9 de junio de 2014.

CPI, SCP II, Fiscal v. Ntaganda, Decisión de confirmación de cargos de 14 de junio de 2014.

Ferré Olivé, Juan Carlos, Miguel Ángel Núñez Paz y Paula Andrea Ramírez Barbosa, *Derecho penal colombiano. Parte general*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021.

García Cavero, Percy, "La autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados: el caso de Alberto Fujimori Fijumori", en Kai Ambos e Iván Meini (eds.), *La autoría mediata. El caso Fujimori*, Lima, ARA Editores.

Greco, Luis, *La teoría de la imputación objetiva*, Puno, Zela, 2021.

Jurisdicción Especial para la Paz (JEP) - Sección de Apelación, Auto 565 de 15 de julio de 2020.

JEP - Sección de Apelación, Auto 230 de 10 de febrero de 2021.

JEP - Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas, Auto 033 de 12 de febrero de 2021.

JEP - Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas, Auto 125 de 2 de julio de 2021.

JEP - Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas, Auto 128 de 7 de julio de 2021.

JEP - Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas, Auto SUB D-055 de 14 de julio de 2022.

JEP - Sala de Reconocimiento de Verdad, Responsabilidad y Determinación de los Hechos y Conductas, Auto SUB D-062 de 30 de agosto de 2023.

JEP - Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas, Auto 305 de 2023.

Jescheck, Hans Heinrich y Thomas Weigend, *Tratado de derecho penal. Parte general*, v. I, Lima, Instituto Pacífico, 2014.

Kiss, Alejandro, "Indirect Commission", en Jérôme de Hemptinne, Elies van Sliedregt y Robert Roth (eds.), *Modes of Liability in International Criminal Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2019, pp. 30-57.

López Díaz, Claudia, "El caso colombiano", en Kai Ambos (ed.), *Imputación de crímenes de los subordinados al dirigente*, Bogotá, Temis, 2009.

Meini, Iván, "El dominio de la organización de Fujimori", en Kai Ambos e Iván Meini (eds.), *La autoría mediata. El caso Fujimori*. Lima, ARA Editores, 2011.

Mir Puig, Santiago, *Derecho penal. Parte general*, 7.ª ed., Barcelona, Editorial Reppertor, 2005.

Odriozola-Gurrutxaga, Miren, *Autoría y participación en derecho penal internacional: los crímenes de atrocidad*, Granada, Comares, 2016.

Ohlin, Jens David, "Second - Order linking principles: Combining Vertical and Horizontal Modes of Liability", *Cornell Law Faculty Publications*, Paper 577, 2012.

Olásolo, Héctor, "La aplicación del concepto de autoría mediata a través de aparatos organizados de poder por los tribunales penales internacionales", en Alicia Gil (dir.) y E. Maculan (coord.), *Intervención delictiva y derecho penal internacional*, Madrid, Dykinson, 2013.

Olásolo, Héctor, *Tratado de autoría y participación en Derecho Penal Internacional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013.

Orozco, Hernán, "La autoría mediata en virtud de aparatos organizados de poder de Roxin", *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, v. 4, n.° 1, 2021.

Otto, Harro, "Autoría en virtud de aparatos organizados de poder", en Yesid Reyes y Hernán Orozco (eds.), *Aparatos organizados de poder*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2020.

Parra Vera, Óscar, Aclaración de voto del magistrado Óscar Parra Vera al Auto 125 de 2021, JEP, Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y Determinación de los Hechos y Conductas, 2021.

Parra Vera, Óscar, Aclaración de voto del magistrado Óscar Parra Vera al Auto SUB D-055 de 2022, JEP, Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y Determinación de los Hechos y Conductas, 2022.

Parra Vera, O., Aclaración de voto del Magistrado Óscar Parra Vera al Auto SUB D-062 de 2023, Jurisdicción Especial para la Paz, Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y Determinación de los Hechos y Conductas, 2023.

Perdomo Torres, Jorge Fernando, *Modelo normativista de imputación en macrocriminalidad y crímenes internacionales*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2022.

Roxin, Claus, "Sobre la autoría y participación en el derecho penal", en VV.AA., *Problemas actuales de las ciencias penales y la filosofía del derecho. En homenaje al profesor Luis Jiménez de Asúa*, Buenos Aires, Ediciones Pannedille, 1970, pp. 55-70.

Roxin, Claus, *Problemas básicos del derecho penal*, Madrid, Reus, 1976.

Roxin, Claus, "El dominio de la organización como forma independiente de autoría mediata", *Revista de Estudios de la Justicia,* n.° 7(1), 2006, pp. 11-22.

Roxin, Claus, *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, Madrid, Marcial Pons, 2016.

Roxin, Claus, "El dominio de la voluntad en virtud de aparatos organizados de poder", en Yesid Reyes y Hernán Orozco (eds.), *Aparatos organizados de poder*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2020, pp. 193-226.

Schünemann, Bernd, "Introducción al razonamiento sistemático en derecho penal", en Bernd Schünemann (ed.), *El sistema moderno del derecho penal, Cuestiones fundamentales*, Madrid, Tecnos, 1991.

Silva Sánchez, Jesús María, *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, Barcelona, Bosch, 1992.

Silva Sánchez, Jesús María, "La influencia de la obra de Günther Jakobs en el espacio jurídico-penal hispanohablante", *InDret (*1), 2019.

Smeulers, Alette, "A criminological approach to the ICC's control theory", en Kevin Heller, Frédéric Mégret, Sarah Nouwen, Jens Ohlin, Darryl Robinson (eds.), *The Oxford Handbook of International Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press, 2020.

Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, SA, Fiscal v. Tadic, Sentencia de 15 de julio de 1999.

TPIY, Fiscal v. Kvocka *et al*., Sentencia de 28 de febrero de 2005.

TPIY, SA, Fiscal v. Stakic, Sentencia de 22 de marzo de 2006.

TPIY, SPI I, Fiscal v. Mladic, Sentencia de 22 de noviembre de 2017.

Van Sliedregt, Elies y Yanev Lachezar, "Co-Perpetration based on joint control over the crime", en Elies van Sliedregt *et al*. (eds.), *Modes of liability in international criminal law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2019.

Van Sliedregt, Elies, "The ICC Ntaganda appeals judgment: The end of indirect co-perpetration?", *Just Security*. https://www.justsecurity.org/76136/the-icc-ntaganda-appeals-judgment-the-end-of-indirect-co-perpetration/.

Vargas, Ligia María, *El elemento subjetivo del delito en el Estatuto de Roma: un análisis de derecho penal comparado,* Bogotá, Ediciones Uniandes y Grupo Editorial Ibáñez, 2020.

Velásquez Velásquez, Fernando, "Las transformaciones del concepto de autoría: el caso de los aparatos criminales organizados de poder en el contexto colombiano", *Cuadernos de Derecho Penal*, 2014.

Velásquez Velásquez, Fernando, *Fundamentos de derecho penal. Parte general*, Bogotá, Tirant lo Blanch, 2020.

Werle, Gerhard y Boris Burghardt, "Establishing degrees of responsibility: Modes of participation in Article 25 of the ICC Statute", en Elies van Sliedregt y Sergey Vasiliev (eds.), *Pluralism in International Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press, 2014.

Wolffhügel Gutiérrez, Christian, "La responsabilidad penal de mandos o cabecillas de organizaciones criminales. Coautoría material impropia, empresa criminal y asociación ilícita", *Cuadernos de Derecho Penal*, n.º 2, 2009.

5

El impacto del pluralismo jurídico en la calificación jurídica de la JEP

‹BELKIS FLORENTINA IZQUIERDO TORRES/ATY SEIKUINDUWA›
Magistrada de la Sala de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad
‹ANA ELENA ABELLO JIMÉNEZ› Magistrada Auxiliar Itinerante, despacho de la magistrada Belkis Izquierdo Torres

Resumen: Este artículo explica el impacto del pluralismo jurídico como principio constitucional, en la calificación jurídica propia realizada por la Sala de Reconocimiento en el Auto de Determinación de Hechos y Conductas (ADHC) del Caso 02. Primero, se refiere al pluralismo jurídico y a la diversidad étnica como reconocimiento y materialización del derecho propio de los Pueblos Étnicos y de los sistemas jurídicos de América Latina. Luego, aborda los ejemplos concretos de la decisión de la Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas (SRVR) donde se materializó este principio, puntualmente, en la calificación jurídica al interpretar los elementos del crimen de lesa humanidad de exterminio; en la valoración de los derechos fundamentales colectivos en el crimen de lesa humanidad de persecución; al analizar la gravedad como elemento para configurar los crímenes de guerra; al tener en cuenta el informe técnico intercultural ambiental que incluyó los daños graves, desde la compresión de los sistemas de derecho propio, en la imputación del crimen de guerra de destrucción del medio ambiente; y al interpretar los elementos del crimen de guerra de destrucción de bienes culturales y lugares de culto.

Palabras clave: Pueblos Étnicos; pluralismo jurídico; diversidad étnica; calificación jurídica propia.

Abstract: This article explains the effect of legal pluralism, as a constitutional principle, on the Chamber of Recognition's own legal findings in the order for the determination of facts and conduct (ADHC) issued in Case 02. First, it refers to legal pluralism and ethnic diversity as the recognition and materialization of Ethnic Peoples' own law and Latin America's legal systems. Then, it refers to concrete examples of the Chamber´s decisions that materialized this principle, particularly, its legal findings: when interpreting the elements of the crime against humanity of extermination, when assessing collective fundamental rights in the crime against humanity of persecution, when analyzing gravity as an element of war crimes, when taking into account the intercultural environmental report to bring charges for the war crime of destruction of the natural environment, and when interpreting the elements of the war crime of attacks against cultural property.

Keywords: Ethnic Peoples; legal pluralism; ethnic diversity; legal findings.

Introducción

La Jurisdicción Especial para la Paz (JEP) tiene una regulación constitucional especial que permite a sus jueces asignar una calificación jurídica propia, "que se basará en el Código Penal colombiano o en las normas de derecho internacional de los derechos humanos (DIDH), derecho internacional humanitario (DIH) o derecho penal internacional (DPI), siempre con aplicación obligatoria del principio de favorabilidad".[1] Para dar esta calificación propia,

> … la magistratura deberá identificar de manera armónica, a partir de las normas sobre las que puede efectuar una calificación válida y legítima, aquellas que ofrezcan mejor comprensión: (i) del contexto y de la victimización; (ii) de los daños sufridos por las víctimas; (iii) del esclarecimiento de la verdad y el reconocimiento y responsabilidad por parte de los comparecientes; y (iv) las medidas de reparación e reintegración.[2]

La Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas (SRVR) ha afirmado que, cuando en la investigación macrocriminal se establezca la existencia de Pueblos Étnicos[3] y entornos naturales de gran valor socioecológico, cultural y espiritual, el sistema de fuentes para la calificación jurídica propia "además de tener como parámetros hermenéuticos los principios constitucionales de legalidad, favorabilidad y el debido proceso",[4] debe tener en cuenta los preceptos del pluralismo jurídico, de la diversidad étnica y cultural, y de las riquezas culturales y naturales de la nación.[5]

Particularmente, la Sala de Reconocimiento afirmó:

> … desde el lado de la Justicia Transicional que se implementa en Colombia, además de tenerse como fuentes autorizadas el derecho penal, el DIDH y el DIH, de acuerdo con los principios de la Constitución y la jurisprudencia concordante, nacional e internacional, es necesario incorporar y dialogar, según cada caso, con las fuentes del derecho propio de los Pueblos Étnicos. Esto, genera que (i) al momento de investigar un caso donde se involucren los Pueblos y sus Territorios se activen, cuando corresponda, la articulación y coordinación interjurisdiccional e interjusticias y los diálogos interculturales; y que (ii) al momento de adoptar una decisión judicial los análisis y la

---

1 Congreso de la República de Colombia, Acto Legislativo 01 de 2017, artículo transitorio 5, inciso 7 y artículo 22 transitorio; Ley 1957 de 2019, *Diario Oficial* 50.976 de 6 de junio de 2019, artículo 23.

2 JEP - Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas, Auto 03 de 2023, párrafo 1284.

3 A solicitud de las autoras, en este artículo las palabras territorio, naturaleza, pueblos, pueblos étnicos y pueblos tribales se escriben con mayúscula inicial, teniendo en cuenta que en el marco de la justicia transicional se han acreditado el Territorio y la Naturaleza como víctima y sujeto de derecho, y por otra parte, al Pueblo como sujeto colectivo de derecho. Incluir esta expresión contribuye a superar el calificativo de vulnerables, grupos, minorías, y así, reivindicarlos como Pueblos de conformidad con el convenio 169 de la OIT. En las citas textuales y en la bibliografía se conservarán las minúsculas originales.

4 *Ibid*., párrafo 1285.

5 *Idem*.

argumentación jurídica que se tomen se realicen mediante una verdadera comprensión de la diversidad étnica y cultural y el pluralismo jurídico.[6]

Esto, como lo señala la SRVR, es coherente con las normas que regulan la JEP: 1) el artículo 11(8) de la Ley 1922 de 2018, sobre los objetivos de la investigación en la JEP: "Cuando sea procedente, determinar los móviles del plan criminal y en especial aquellos que comporten razones de discriminación por etnia, raza […] o similares"; 2) el artículo 18 de la Ley 1957 de 2019 sobre enfoque étnico diferenciado;[7] 3) el artículo 79(m) de la misma Ley 1957, sobre las funciones de la SRVR: "En la definición de casos graves, conductas o prácticas más representativas cometidas en el marco del conflicto armado contra los pueblos indígenas o sus integrantes, se tendrán en cuenta criterios que permitan evidenciar el impacto diferenciado generado sobre los pueblos y su relación con el riesgo de exterminio físico y cultural"; 4) el reglamento de la JEP que, en su artículo 99, afirma que "todas las Salas y Secciones deberán tomar en cuenta principios, lógicas y racionalidades de sus sistemas de justicias, orientados a buscar la verdad desde la conciencia, la reconciliación, la sanación y armonización entre víctimas y procesados que permita fortalecer el tejido comunitario, así como la armonización del territorio".[8]

Además, es compatible con la postura de la Corte Constitucional que ha reconocido: "Ha habido una constitucionalización del derecho penal porque tanto en materia sustantiva como procedimental, la Carta incorpora preceptos y enuncia valores y postulados –particularmente en el campo de los derechos fundamentales– que inciden de manera significativa en el derecho penal y, a la vez, orientan y determinan su alcance".[9] Precisamente, la interpretación desde el pluralismo jurídico es también la materialización de los derechos de los Pueblos Étnicos reconocidos a nivel internacional, tanto en instrumentos internacionales como a nivel jurisprudencial, especialmente por el sistema interamericano de derechos humanos (SIDH). De manera que, el pluralismo jurídico es también la aplicación efectiva del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario.

---

6 JEP - Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas,, Auto 03 de 2023, párrafo 1655.

7 Ley 1957 de 2019, artículo 18: "Las actuaciones de la JEP en lo que tiene que ver con los pueblos y comunidades indígenas, negras, afrocolombianas, raizales, palanqueras y Rrom y sus miembros individualmente considerados, tendrán un enfoque étnico, lo cual implica identificar el impacto diferenciado del conflicto armado sobre estos pueblos y comunidades étnicas y el ejercicio de sus derechos fundamentales y colectivos, de conformidad con la jurisprudencia constitucional, el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), el Convenio Internacional para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, y demás normatividad aplicable".

8 JEP, Reglamento General de la JEP, Acuerdo ASP 001 de 2020, artículo 99, parágrafo 2.

9 Corte Constitucional, Sentencia C-038 de 9 de febrero de 1995.

Debe recordarse que el propio Estatuto de Roma, en su sistema de fuentes, establece: "En segundo lugar, cuando proceda, los tratados aplicables, los principios y normas del derecho internacional, incluidos los principios establecidos del derecho internacional de los conflictos armados",[10] así como: "En su defecto, los principios generales del derecho que derive la Corte del derecho interno de los sistemas jurídicos del mundo, incluido, cuando proceda, el derecho interno de los Estados que normalmente ejercerían jurisdicción sobre el crimen".[11] Y también señala: "La aplicación e interpretación del derecho de conformidad con el presente artículo deberá ser compatible con los derechos humanos internacionalmente reconocidos".[12]

En este artículo se analizará el Auto de Determinación de Hechos y Conductas (ADHC) del Caso 02, que investiga la situación territorial en los municipios de Tumaco, Ricaurte y Barbacoas, donde el 90% de sus habitantes pertenecen a Pueblos Étnicos,[13] y de 731.200 hectáreas, aproximadamente 575.039 son resguardos indígenas y territorios colectivos de comunidades negras.[14]

Vale la pena resaltar que el pluralismo jurídico y la diversidad étnica y cultural son principios que irradiaron de forma transversal el ADHC del Caso 02, como, por ejemplo, en la visibilización de los daños diferenciados y desproporcionados a los Pueblos Étnicos, que fueron clasificados en: i) individuales, dentro de los que están los daños contra la vida e integridad personal, los daños psicosociales y emocionales, los daños por diversas formas de discriminación y los daños materiales, económicos y sociales; ii) colectivos, dentro de los cuales se incluyeron los daños contra la pervivencia física, los daños a la identidad étnica y la integridad física, cultural y espiritual, y los que competen a la libre determinación, autonomía y autogobierno, e integridad política, social y organizativa; y iii) daños al Territorio y la Naturaleza, dentro de los que están los daños al Territorio ancestral y colectivo, a sitios sagrados de los Pueblos Étnicos y a las tierras del campesinado, así como los daños a la integridad socioecológica y a la sostenibilidad de ecosistemas.

De cualquier forma, este artículo se concentrará en el impacto del pluralismo jurídico y la diversidad étnica y cultural, y en la calificación jurídica propia, para lo cual, en primer lugar, se hará referencia a la noción de pluralismo jurídico y otros principios y derechos colectivos interrelacionados; luego, a su materialización en la calificación jurídica, particularmente en el crimen de lesa

[10] Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, A/CONF.183/9, de 17 de julio de 1998, artículo 21(1)(b).
[11] *Ibid*., artículo 21(1)(c).
[12] *Ibid*., artículo 21(3).
[13] JEP - Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas, Auto 03 de 2023, párrafo 1342.
[14] *Ibid*., párrafo 1440.

humanidad de exterminio, la valoración de los derechos fundamentales colectivos en el crimen de lesa humanidad de persecución, la gravedad como elemento para configurar los crímenes de guerra, el crimen de guerra de destrucción del medio ambiente con base en el informe técnico intercultural que incorporó comprensiones del daño desde el sistema de derecho propio, y el crimen de guerra de destrucción de bienes culturales y lugares de culto.

El pluralismo jurídico y la diversidad étnica y cultural como principios constitucionales

El pluralismo jurídico surgió en contraposición al monismo jurídico, que es el "reflejo de una postura central del poder, que deposita la soberanía en el Estado, tanto como único productor y dador de normas, tanto como un administrador de justicia".[15]

De manera que el pluralismo jurídico dio "paso al reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas en el marco de los principios de igualdad y no discriminación, autodeterminación, maximización de la autonomía, acceso a la justicia en consideración de las especificaciones culturales, protección a sus territorios y recursos, junto con la participación, consulta y consentimiento previo",[16] como respuesta a las luchas y resistencias históricas de estos Pueblos.[17]

Como lo ha indicado Raquel Yrigoyen, el constitucionalismo pluralista ha pasado por tres ciclos: el primero se dio con la emergencia del multiculturalismo en los años ochenta, sin llegar a reconocerse el pluralismo jurídico como tal;[18] el segundo se dio en los años noventa, luego de la adopción del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) de 1989 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, que reconoció el modelo de Estado pluricultural y pluralismo jurídico.[19] Particularmente, su artículo 9 señala: "2. Las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia".[20] El tercer ciclo se dio luego de la adopción de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de 2007, cuando las constituciones de Ecuador y Bolivia asumieron que los Pueblos Indígenas

---

15 Farit Rojas, "Del monismo al pluralismo jurídico: interculturalidad en el Estado constitucional", en Eddie Cóndor (ed.), *Los derechos individuales y derechos colectivos en la construcción del pluralismo jurídico en América Latina*, Bogotá, Konrad Adenauer Stiftung, 2011, p. 22.

16 María Dolores Núñez, "El reconocimiento de 'la justicia indígena' como agente de la reivindicación de los pueblos indígenas en el marco del pluralismo jurídico", *Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal*, v. 6, n.° 6, 2018, p. 177.

17 *Idem*.

18 Raquel Yrigoyen, "Pluralismo jurídico y jurisdicción indígena en el horizonte del constitucionalismo pluralista", en H. Ahrens, *El Estado de derecho hoy en América Latina. Libro en homenaje a Horst Schönbohm*, México, UNAM, 2016, p. 171.

19 *Idem*.

20 Convenio 169 de la OIT, 1989, artículo 9.

constituyen naciones o nacionalidades originarias que, haciendo un nuevo pacto de Estado, conforman un Estado plurinacional.[21] Así, la diferencia entre monismo y pluralismo jurídico, en realidad "es una diferencia/desplazamiento en toda la lógica del constitucionalismo moderno".[22]

Particularmente, la Constitución Política de 1991 fue la primera en Latinoamérica en reconocer el pluralismo jurídico.[23] Además de reconocer a Colombia como un Estado social de derecho, dio el paso de Estado monocultural a multicultural y pluriétnico, afirmando la equivalencia de las culturas; reconoció a los Pueblos Étnicos como sujetos colectivos de derechos; estableció la Jurisdicción Especial Indígena (JEI), así como acciones afirmativas para que ese sujeto pueda ser y fortalecerse como distinto que es, en el sentido de que "todos los miembros de la sociedad y por ende todas las instituciones han de modificarse, para contribuir a configurar una sociedad donde la diferencia sea valiosa. Estos presupuestos acogen por principio a los sistemas de derecho y autoridad, disímiles del derecho estatal para configurar un pluralismo jurídico formal".[24]

La Corte Constitucional, en reiterada jurisprudencia, ha reconocido que la Constitución de 1991, consciente de las injusticias históricas sufridas por algunos grupos discriminados, como los étnicos, adoptó el Estado social de derecho "en el que la igualdad ante la ley y la prohibición de discriminación por motivos de raza, sexo, ideología y cultura, va acompañada de la obligación de adoptar medidas de carácter positivo para superar los patrones tradicionales de exclusión, derrotar injusticias históricas y proteger a quienes se encuentran en situación vulnerable o condición de debilidad manifiesta".[25] En consecuencia, como reconocimiento de esa realidad social, elevó la pluralidad y la participación al rango de principios fundantes del Estado; estableció en su artículo 7º la obligación de reconocer y proteger la diversidad étnica y cultural y, por ende, la identidad cultural; y consideró que todas las culturas merecen igual respeto por su dignidad, igualdad entre culturas y no discriminación (CP, arts. 70 y 13).

Estos principios-derechos de diversidad cultural e integridad étnica se manifiestan en la obligación de proteger la riqueza cultural de la nación (CP, art. 8º); el reconocimiento del carácter de lengua oficial a los dialectos indígenas en el interior de sus territorios (CP, art. 10º); el derecho a recibir una formación que respete la integridad e identidad cultural (CP, art. 68); y la obligación de

[21] Yrigoyen, "Pluralismo jurídico y jurisdicción indígena en el horizonte del constitucionalismo pluralista", *op. cit*., p. 172.

[22] Rojas, "Del monismo al pluralismo jurídico", *op. cit*., p. 22.

[23] Núñez, "El reconocimiento de 'la justicia indígena' como agente de la reivindicación de los pueblos indígenas en el marco del pluralismo jurídico", *op. cit*., p. 182.

[24] Esther Sánchez, "Reflexiones en torno de la jurisdicción especial indígena en Colombia", *Revista IIDH*, v. 41, 2005, pp. 227 y 228.

[25] Corte Constitucional, Sentencia T-514 de 30 julio de 2009.

proteger el patrimonio cultural y arqueológico de la Nación (CP, art. 72). El principio y derecho a la autonomía política, territorial y jurisdiccional, entendida como el derecho de las comunidades a determinar sus propias instituciones y autoridades de gobierno, a administrar justicia conforme a sus normas y procedimientos y con sus autoridades propias, a conservar sus costumbres, visión del mundo y proyecto de vida; y a adoptar las decisiones internas que estime más adecuadas para la conservación o protección de esos fines (CP, arts. 246, 286 y 330). El principio-derecho de participación de las comunidades indígenas a la consulta previa y la circunscripción especial indígena para garantizar el acceso a las personas indígenas a los centros de decisión del orden nacional. Todo ello reforzado por el Convenio 169 de la OIT, sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, aprobada por su Asamblea General con el fin de reforzar los derechos de autonomía de los Pueblos Indígenas.

El reconocimiento y la protección de la diversidad étnica y cultural constituye una proyección, en el plano jurídico, del carácter democrático, participativo y pluralista, y obedece a "la aceptación de la alteridad ligada a la aceptación de la multiplicidad de formas de vida y sistemas de comprensión del mundo diferentes de los de la cultura occidental".[26] Como lo ha indicado la Corte Constitucional, esto

> … traduce un afán válido por adaptar el derecho a las realidades sociales, a fin de satisfacer las necesidades de reconocimiento de aquellos grupos que se caracterizan por ser diferentes en cuestiones de raza, o cultura. En suma, el reconocimiento de la diversidad étnica y cultural obedece al imperativo de construir una democracia cada vez más inclusiva y participativa y de ser consecuentes, de otro lado, en la concepción según la cual la justicia constituye un ideal incompleto si no atienden a las reivindicaciones de reconocimiento de los individuos y comunidades.[27]

Algunos autores, como Herinaldy Gómez, han criticado la falta de materialización del pluralismo jurídico reconocido constitucionalmente, por considerar que no basta solo con reconocer jurídicamente la JEI para que siga existiendo, sino que es necesario ser conscientes de lo que falta por recorrer y los obstáculos conceptuales e ideológicos que aún existen.[28] Puntualmente, dentro de esas dificultades, señaló

---

[26] Corte Constitucional, Sentencia SU- 510 de 18 de septiembre de 1998, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

[27] *Idem*.

[28] Herinaldy Gómez, *Justicias indígenas de Colombia: reflexiones para un debate cultural, jurídico y político*, Bogotá, Consejo Superior de la Judicatura, 2005, p. 61.

> … el desconocimiento que diferentes operadores de la justicia[29] (jueces y fiscales principalmente, y algunos magistrados de distritos judiciales) todavía hacen de la Jurisdicción Especial Indígena y de la jurisprudencia que la reconoce; la indiferencia o desconocimiento que existe en los programas académicos de Derecho y Antropología sobre esta problemática y la falta de conocimiento sobre las normas, procedimientos, usos y costumbres de los diferentes pueblos indígenas; el sentido folklórico y exótico[30] sobre algunas prácticas de sanción indígenas que han generado en la opinión pública los diferentes medios de comunicación.[31]

En suma, para este autor,

> … es necesario pasar del reconocimiento de esa diversidad hacia su conocimiento pues lo primero contiene implícito lo segundo, ya que no puede haber re-conocimiento sin el conocimiento de lo que se precisa reconocer y proteger. Reconocer jurídicamente sin conocer culturalmente, puede ser una fórmula jurídica que, por su carácter genérico y abstracto, conlleve, en la práctica, a una nueva forma de desconocer.[32]

Vale la pena precisar que la interculturalidad busca

> … generar entre las personas, culturas, pueblos, sectores e instituciones, vínculos más equilibrados y armónicos que fortalezcan las relaciones humanas de convivencia pacífica, respeto mutuo y condiciones de vida conjuntas y compartidas, basados en el reconocimiento de las diferencias de cada uno, pero privilegiando y potenciando los propósitos comunes o valores superiores que las partes aportan a la democracia y la paz.[33]

En efecto, esta interculturalidad tiene un impacto en la noción de pluralismo, pues ahora se conoce como nuevo pluralismo o pluralismo poscolonial, el cual:

---

29 En Colombia es frecuente encontrar que los operadores de justicia a nivel municipal desconocen los desarrollos jurisprudenciales de la Corte Constitucional sobre la jurisdicción indígena. Los casos que llegan a sus despachos, que son competencia de la JEI, los resuelvan recurriendo a nociones jurídicas tradicionales e incluso bajo la jurisdicción ordinaria, negando los avances constitucionales al respecto.

30 El carácter de exotismo y folclor se generó a partir del juicio por el magnicidio cometido por el Ejército de Liberación Nacional (ELN) del líder indígena Marden Betancourt, en el que se implicó como colaborador al dirigente indígena Francisco Jembuel. En rechazo al acto de la guerrilla, los Indígenas del Cauca realizaron una gran movilización pública de denuncia y protesta, aun a costa de poner sus vidas en riesgo, y a Francisco Jembuel se le hizo juicio público y se le impuso la pena de 60 fuetazos (además de la pérdida de derechos civiles y políticos). Los medios televisivos difundieron la noticia a nivel nacional e internacional, lo que generó el pronunciamiento de Amnistía Internacional, solicitando a las autoridades colombianas impedir tal castigo por considerarlo un acto de tortura y de violación de los derechos humanos. La imagen de los fuetazos transmitida por la televisión con los comentarios al respecto dejaron la impresión de que en la justicia nasa los homicidios tienen como única sanción punitiva el fuete. Desde entonces, quedó en la opinión pública y en las aulas universitarias la imagen reductora (exótica y folclórica) de asociar justicia indígena con fuete.

31 Gómez, "Justicias indígenas de Colombia", *op. cit*., pp. 61 y 62.

32 *Ibid*., p. 64.

33 Gabriel Muyuy, *Hacia la interculturalización de la educación superior*, Presidencia de la República de Colombia, 2014, p. 13.

> … no concibe los distintos ordenamientos jurídicos como entidades separadas que pueden llegar a tocarse en algunos puntos de influencia, buscando mantener su identidad propia. Por el contrario, sostiene que existen relaciones de intersección, mezcla e interrelación entre los distintos sistemas jurídicos presentes en un espacio social determinado […] los derechos se mezclarían unos con otros, existirían préstamos y transposiciones entre sus elementos simbólicos y materiales […] la comunicación y la constitución mutua de los distintos ordenamientos jurídicos serían sus principales elementos […] Los derechos no presentarían fronteras siempre franqueables.[34]

La interculturalidad supone, entonces, la "necesidad de generar y promover relaciones interculturales equitativas",[35] pues el pluralismo jurídico debe partir del principio de paridad o igualdad de condiciones.[36] Esta "incorporación de una perspectiva intercultural en la configuración del Estado y las políticas públicas, significa un acto de descolonización",[37] que se fundamenta en los principios de ciudadanía, derecho a la diferencia y unidad en la diversidad.[38]

Sobre este punto, Pedro Garzón distingue entre colonialismo, como "la ocupación territorial por medios coercitivos (militares, políticos, económicos)",[39] y colonialidad, como "la imposición del imaginario cultural y epistemológico europeo hacia los sujetos colonizados", habiendo tres tipos de colonialidad: la del poder, la del saber y la jurídica.[40] La colonialidad del saber "se ha introducido y reproducido de manera sistemática a costa de marginar los saberes subalternos […] Así, la negación científica del derecho del colonizado se fundamentará en la afirmación del derecho del colonizador cómo la única pauta universalmente válida para la regulación social".[41] Por eso, se consideran relevantes acciones como modificar el pénsum de las facultades de derecho y realizar estudios para conocer y difundir el funcionamiento de la justicia indígena[42] y de otros Pueblos Étnicos. Por su parte, la colonialidad jurídica "es externalizada en las

---

[34] Rojas, "Del monismo al pluralismo jurídico", *op. cit*., pp. 29 y 30.

[35] Waldo Albarracín, "La protección de los derechos de los pueblos indígenas en el derecho internacional", *Los derechos individuales y derechos colectivos en la construcción del pluralismo jurídico en América Latina*, Konrad Adenauer Stiftung, 2011, p. 79.

[36] Ramiro Molina, "Los derechos individuales y colectivos en el marco del pluralismo jurídico en Bolivia", *Los derechos individuales y derechos colectivos en la construcción del pluralismo jurídico en América Latina*, Konrad Adenauer Stiftung, 2011, p. 63.

[37] Albarracín, "La protección de los derechos de los pueblos indígenas", *op. cit*.

[38] Muyuy, *Hacia la interculturalización de la Educación Superior*, *op. cit*.

[39] Pedro Garzón, "El pluralismo jurídico, derecho indígena y colonialidad jurídica: repensando el derecho desde la colonialidad del poder", *Ius Inkarri*, n.° 8, 2019, p. 220.

[40] *Ibid*., p. 221.

[41] Garzón, "El pluralismo jurídico, derecho indígena y colonialidad jurídica", *op. cit*., p. 222.

[42] Mirva Arango, "La coordinación entre sistemas de justicia en Colombia, Ecuador y Perú", *Los derechos individuales y derechos colectivos en la construcción del pluralismo jurídico en América Latina*, Konrad Adenauer Stiftung, 2011.

resoluciones jurídicas que, por lo general, desconocen el derecho indígena al no tener en cuenta el contexto y la lógica de vida colectiva de los pueblos indígenas".[43]

De ahí la importancia de que la Sala de Reconocimiento pueda materializar en la práctica el pluralismo jurídico reconocido constitucionalmente. El reconocimiento de las autoridades étnicas en clave de horizontalidad, la coordinación interjurisdiccional y el diálogo intercultural, así como la interpretación de los elementos de los crímenes teniendo en cuenta el sistema de derecho propio de los Pueblos Étnicos, "que les pertenece, que deviene y participa de concepciones culturales 'propias', diferentes de las existentes en el derecho nacional"[44], y que tampoco puede ser unificado, pues corresponderá a las cosmovisiones y características de cada Pueblo,[45] demuestra que sí es posible avanzar en el camino hacia un Estado verdaderamente pluralista e intercultural.

El crimen de lesa humanidad de exterminio

El crimen de lesa humanidad (CLH) de exterminio, en el DPI, se ha referido tradicionalmente al asesinato masivo de personas, bien sea de manera directa, o por la imposición de condiciones de existencia que conducirían a su muerte. Así, el artículo 7(2)(b) del Estatuto de Roma establece que este "comprenderá la imposición intencional de condiciones de vida, entre otras, la privación del acceso a alimentos o medicinas, entre otras, encaminadas a causar la destrucción de parte de una población".

Por su parte, los elementos de los crímenes de la Corte Penal Internacional señalan como elementos específicos del crimen de lesa humanidad de exterminio, entre otros: "1. Que el autor haya dado muerte, a una o más personas, incluso mediante la imposición de condiciones de existencia destinadas deliberadamente a causar la destrucción de parte de una población. 2. Que la conducta haya consistido en una matanza de miembros de una población civil o haya tenido lugar como parte de esa matanza",[46] con tres notas al pie: la número 8 indica expresamente: "La conducta podría consistir en diferentes formas de matar, ya sea directa o indirectamente"; la número 9 afirma: "La imposición de esas condiciones podría incluir la privación del acceso a alimentos y medicinas", y la número 10 señala que "la expresión 'como parte de' comprendería la conducta inicial en una matanza".

---

43 Garzón, "El pluralismo jurídico, derecho indígena y colonialidad jurídica", *op. cit.*, p. 223.

44 Gómez, *Justicias indígenas de Colombia*, *op. cit.*, p. 114.

45 Sánchez, "Reflexiones en torno de la jurisdicción especial indígena en Colombia", *op. cit.*, pp. 226 y 227.

46 Corte Penal Internacional, *Elementos de los Crímenes* (publicación de la Corte Penal Internacional, RC/11).

Así, del elemento 2 se comprende que una de las formas de exterminio es la matanza, o la conducta como parte de una matanza, mientras que del elemento 1 se infiere que no es necesario que haya habido una matanza, sino que basta la muerte de una o más personas, cuando se trate de la imposición de condiciones de existencia, destinadas deliberadamente a causar la destrucción de parte de una población.

En el Caso 02 se determinó el exterminio de los Pueblos Étnicos Indígenas Awá y del Pueblo Negro Afrocolombiano que habitan los territorios priorizados. Aunque el Estatuto de Roma no lo especifica de esta manera, de modo que el CLH de exterminio puede configurarse en una población no étnica, las consideraciones de la SRVR aplican en la medida en que sí se trata de una población de este tipo, como sujeto colectivo de derechos.

De esta manera, partiendo de que no se trata de cualquier población civil, sino de un Pueblo Étnico o un sujeto colectivo de derecho, se consideró necesario interpretar las condiciones de existencia de conformidad con su cosmovisión y derecho propio:

> Los Pueblos Indígenas y el Pueblo Negro Afrocolombiano se reconocen como sujetos colectivos de derechos, autónomos, con formas de vida y sistemas de comprensión del mundo diferentes de los de la cultura occidental y titulares de derechos fundamentales, de modo que son actores sociales y políticos que contribuyen en gran medida a la construcción de un Estado democrático, pluralista y participativo.[47]

De este modo, la Sala de Reconocimiento consideró que el CLH de exterminio puede entenderse:

> … (i) físico cuando se causa o pretende causar la muerte de personas; y (ii) cultural, en el caso de los Pueblos Étnicos, cuando el actuar lleva a la destrucción de la vida cultural, la identidad, la autonomía, los sistemas de conocimiento, la relación de interdependencia con el Territorio, sus sitios sagrados y los múltiples sistemas de vida. El extermino se entenderá directo cuando se dé muerte o se genere una matanza o indirecto cuando se impongan condiciones encaminadas a causar la destrucción de una parte de la población.[48]

Así, aunque el Estatuto de Roma no menciona expresamente el exterminio cultural, bajo una interpretación amplia del pluralismo jurídico y la diversidad étnica y cultural, de los principios reconocidos constitucionalmente y a nivel de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH)[49] y la Corte Constitucional, fue posible interpretar el tipo penal de modo

---

[47] JEP - Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas, Auto 03 de 2023, párrafo 1343.

[48] *Ibid*., párrafo 1344.

[49] Corte IDH, Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay, Sentencia de 17 de junio de 2005, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, n.° 125, párrafo 63, y Comunidad Indígena Sawhoyamaxa, Sentencia de 29 de marzo de 2006, párrafos 82 y 83.

que las condiciones de existencia se comprendan con un enfoque étnico-racial teniendo en cuenta también el sistema de derecho propio. Esto es, reconocer que "la pervivencia de los Pueblos Étnicos no depende únicamente de la vida física de sus miembros individualmente considerados y por eso, hay condiciones de vida que pueden generar la destrucción de su cultura y con ello, llevarlos a su desaparición como Pueblo".[50]

La Corte IDH ha afirmado: "La tierra significa más que meramente una fuente de subsistencia para ellos; también es una fuente necesaria para la continuidad de la vida y de la identidad cultural de los miembros del pueblo",[51] de modo que es necesario garantizar la integridad del Territorio para asegurar la pervivencia física, cultural y espiritual del Pueblo. Los Estados deben tener en cuenta que los derechos territoriales de estos pueblos "abarcan un concepto más amplio y diferente que está relacionado con el derecho colectivo a la supervivencia como pueblo organizado, con el control de su hábitat como una condición necesaria para la reproducción de su cultura, para su propio desarrollo y para llevar a cabo sus planes de vida".[52] Así, al desconocerse el derecho ancestral de los Pueblos Étnicos y sus territorios, "se podría estar afectando otros derechos básicos, como el derecho a la identidad cultural y la supervivencia misma de las comunidades indígenas y sus miembros.[53]

En el Caso 02, la Sala señaló que "las condiciones de vida que afecten el acceso a la salud y a la alimentación son consideradas como un exterminio físico indirecto por el ER";[54] pueden afectar no solo la vida de los individuos físicamente considerados, sino la existencia del Pueblo como sujeto colectivo, "pues la restricción a la salud y alimentación puede darse en relación con sus prácticas ancestrales, que quizás no les llevan a la muerte física pero sí cultural, tras la imposibilidad de practicar y conservar sus tradiciones, y con ello, a la destrucción de su identidad étnica y cultural".[55] De esta manera, la imposibilidad de realizar sus prácticas culturales, ceremonias espirituales del ciclo de la vida, comunicación desde los lugares sagrados con sus espíritus tutelares, que les permita la sanación y armonización con los múltiples sistemas de vida que se entrelazan, también pone en riesgo su pervivencia física, cultural y espiritual.

En esta decisión, la Sala de Reconocimiento afirmó con contundencia que "aunque el exterminio se asocia principalmente con la muerte, las condiciones

---

[50] JEP - Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas, Auto 03 de 2023, párrafo 1345.

[51] Corte IDH, Caso Pueblo Saramaka vs. Surinam, Sentencia de 28 de noviembre de 2007, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, n.° 172, párrafo 82.

[52] Corte IDH, Caso Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay, párrafo 146.

[53] *Ibid*., párrafo 147.

[54] JEP - Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas, Auto 03 de 2023, párrafo 1347.

[55] *Idem*.

de existencia se refieren de manera más amplia a la 'destrucción de una población'",[56] lo cual, en el caso de los Pueblos Étnicos, implica evidenciar el impacto desproporcionado que tiene su carácter de sujeto colectivo de derecho, en lo que debe comprenderse por destrucción, debido a que la pervivencia de estos pueblos no puede garantizarse con la mera existencia física de sus miembros individualmente considerados, sino que es necesario que puedan continuar como pueblos, para lo que no solo necesitan estar vivos físicamente, sino también permanecer y mantener su relación inescindible con sus territorios ancestrales, pensarse desde su cosmovisión cumpliendo la Ley de origen y el derecho mayor, para lo cual es fundamental organizarse a partir de los sistemas propios de gobierno, justicia, alimentación, medicina tradicional y salud, educación, entre otros.[57]

La SRVR consideró que no es correcto pensar que la existencia de un Pueblo Étnico como sujeto colectivo de derecho se garantice únicamente con la existencia física de sus integrantes, pero sin identidad étnica y cultural, ya que no pueden vivir de acuerdo con su cosmovisión, ejercer sus derechos colectivos, comunicarse con su Territorio ancestral, practicar su espiritualidad y relacionarse con sus sitios sagrados, transmitirse el conocimiento de generación en generación, contar con acceso a su alimentación y sistemas de producción, o a sus sistemas de medicina tradicional y salud propia, y a una educación que fortalezca sus formas de conocimiento y desarrollo con identidad.[58]

Esta interpretación del CLH de exterminio guarda coherencia con las decisiones de la Corte Constitucional que han reconocido que los Pueblos Étnicos se encuentran en riesgo de exterminio físico y cultural, por ejemplo, al aceptar que "la relación de los grupos étnicos indígenas y afrocolombianos con su territorio y los recursos presentes en él transforma el desplazamiento forzado en una amenaza directa para la supervivencia de sus culturas".[59]

En particular, la Corte Constitucional se ha referido a la situación del Pueblo Indígena Awá de Nariño. "Han sido asesinados por los actores armados por múltiples razones: a) por equivocación o señalamientos infundados; b) por negarse a colaborar con los grupos armados presentes en sus territorios; c) por ser señalados de colaborar con alguno de los actores armados; d) por intentar huir de los actores armados"[60] y el temor ha generado un subregistro del número real de asesinatos. Además, se denuncian graves restricciones a la movilidad de personas, alimentos y medicamentos por los actores armados y "hay un grave problema de minas antipersonal [instaladas] dentro del territorio Awá,

---

56 *Ibid*., párrafo 1370.
57 *Idem*.
58 *Ibid*., párrafo 1371.
59 Corte Constitucional, Auto 218 de 2006, M. P. Manuel Cepeda Espinosa.
60 JEP - Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas, Auto 03 de 2023, párrafo 1356.

en lugares cercanos a las comunidades o en sitios de tránsito estratégicos. En muchos casos, las víctimas de estos aparatos letales son niños".[61]

Precisamente, para configurar el CLH de exterminio contra Pueblos Étnicos, la Sala de Reconocimiento ha hallado 144 hechos de asesinatos y masacres, con un total de 223 víctimas.[62] Adicionalmente, se identificaron 31 víctimas de asesinatos de estos pueblos por la activación de minas antipersonal instaladas por las extintas FARC-EP.[63] Es decir, el número aproximado de víctimas de asesinatos y masacres es de 254 víctimas de Pueblos Étnicos, lo que configura un claro exterminio físico directo.[64] También, se determinaron 28 hechos de desaparición forzada con 34 víctimas.[65]

Por su parte, la Sala también determinó las condiciones de existencia a las que fueron sometidos los Pueblos Étnicos presentes en los municipios priorizados: 89 hechos de desplazamiento forzado por combates y presencia de minas antipersonal, con al menos 25.220 víctimas de Pueblos Étnicos,[66] así como 75 hechos de desplazamientos forzados por amenazas.[67] Esto generó la afectación colectiva de la integridad étnica y cultural; la limitación de su autonomía política, alimentaria, económica, medicinal, educativa, cultural y territorial; limitó el acceso a servicios de educación, de salud estatal y al agua, y causó tanto la ruptura de su tejido social como el daño a la relación con sus Territorios, el *Katsa Su* del Pueblo Awá y los Territorios ancestrales de los consejos comunitarios.[68]

Dentro de las condiciones que afectaron la existencia de los Pueblos Étnicos, la SRVR también determinó que hubo 58 hechos de vertimiento de petróleo en virtud de acciones violentas contra la infraestructura petrolera del Oleoducto Trasandino, y 13 hechos de control y desarrollo de actividades extractivas asociadas a la minería de oro criminal, muchas realizadas en Territorios colectivos o en los ríos de los municipios priorizados, conllevando la destrucción de la Naturaleza y los Territorios ancestrales de los Pueblos Awá y Negro Afrocolombiano,[69] por la contaminación del aire, el suelo y subsuelo, bosques y manglares, quebradas, ríos, lagunas y el mar, entre otros cuerpos de agua,[70] que a su vez destruyó y profanó sitios sagrados, lo que "afectó la autonomía ali-

---

[61] N. 1375. Corte Constitucional, Auto 004 de 2009, M. P. Manuel Cepeda Espinosa. En JEP, Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas, Auto 03 de 5 de julio de 2023.

[62] JEP - Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas, Auto 03 de 2023, párrafo 1352.

[63] *Ibid*., párrafo 1355.

[64] *Idem*.

[65] *Ibid*., párrafo 1349.

[66] *Ibid*., párrafo 1362.

[67] *Ibid*., párrafo 1364.

[68] *Ibid*., párrafo 1367.

[69] *Ibid*., párrafo 1377.

[70] *Ibid*., párrafo 1384.

mentaria, el acceso y la disponibilidad de agua y provocó enfermedades físicas (infecciones en la piel, enfermedades digestivas, intoxicaciones, entre otras) y desarmonías en las personas y los pueblos afectados, profundizando la grave crisis humanitaria y ecológica de la región",[71] y obstaculizó el uso de plantas medicinales ancestrales.[72]

Este hallazgo es coherente con el reconocimiento previo en el Caso 02, del Territorio de los Pueblos Étnicos como sujeto de derechos acreditado como víctima del conflicto armado: en los autos SRVBIT-079 y SRVBIT-099, ambos de 2019, y el Auto SRVBIT-204 de 2023, todos acreditaron al *Katsa Su* del Pueblo Awá; en el Auto SRVBIT-094 de 2020, al *Eperãra Euja* del Pueblo Eperãra Siapidaarã; y en los autos SRVBIT-018 y SRVBIT-067, ambos de 2020, al Territorio colectivo, ancestral y titulado de los consejos comunitarios.[73]

Así mismo, dentro de las condiciones de existencia a las que fueron sometidos los Pueblos Étnicos se incluyó el reclutamiento de sus miembros; "por lo menos, 71 de estas víctimas tenían pertenencia étnica",[74] lo que afecta su pervivencia física, porque muchas veces desaparecen o son asesinados en el marco del conflicto armado, y su pervivencia cultural, por "el impacto que tuvo el sustraer a la persona de su núcleo, someterlo a un adoctrinamiento político y militar, impedir que continuara con sus prácticas culturales y espirituales, así como al Pueblo Étnico y sus familiares interrelacionarse de conformidad con su cosmogonía",[75] e incluso, muchas veces fueron obligados a violentar a sus propios pueblos, "ocasionando no solo un conflicto interno sino también la destrucción de un lazo esencial que bien podría conllevar al Pueblo Étnico a su destrucción".[76]

Sobre el dolo requerido al ampliar la interpretación del CLH de exterminio, de modo que comprenda el exterminio cultural cuando se trate de Pueblos Étnicos, se propone una interpretación con enfoque y perspectiva étnico-racial sobre este elemento: "la intención de causar esa o esas muertes y la intención de imponer esas condiciones de existencia".[77] Es decir, el dolo sobre las condiciones de existencia sería la intención de someter sistemáticamente a un gran número de personas a condiciones de vida que conducirían a su destrucción, en el caso de los Pueblos Étnicos, a su destrucción física o cultural. Al respecto, la Sala de Reconocimiento afirmó:

> Así como en el exterminio físico, no se requiere la intención de destruir a la población –o al Pueblo Étnico–, sino la intención puntual de cometer las acciones de matar, o de imponer las condiciones de existencia de las que se trate. En este caso, sería la inten-

71 *Ibid*., párrafo 1393.
72 *Ibid*., párrafos 1395 y 1396.
73 *Ibid*., párrafo 1379.
74 *Ibid*., párrafo 1397.
75 *Ibid*., párrafo 1399.
76 *Idem*.
77 *Ibid*., párrafo 1349.

> ción de matar, de desplazar, de confinar, de contaminar la Naturaleza y el Territorio, y de reclutar a miembros de Pueblos Étnicos.[78]

En suma, la Sala de Reconocimiento, al hacer la calificación jurídica propia, con base en el pluralismo jurídico y la diversidad étnica y cultural, interpretó los elementos del CLH de exterminio del Estatuto de Roma con enfoque y perspectiva étnico-racial, lo que permitió una rendición de cuentas acorde con la cosmovisión y el derecho propio de los Pueblos Étnicos, en la medida en que se reconoció que su existencia como sujetos colectivos no es solo física, sino también cultural.

Valoración de derechos fundamentales colectivos en el crimen de lesa humanidad de persecución

El CLH de persecución, de conformidad con el artículo 7(1)(h) del Estatuto de Roma, se refiere a la

> … persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género definido en el párrafo 3, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte.

Según los elementos de los crímenes de la CPI, debe demostrarse la privación grave a una o más personas de sus derechos fundamentales.

En el ADHC del Caso 02, se resaltó que los Pueblos Étnicos son sujetos colectivos, tienen derechos fundamentales individuales y colectivos definidos en el derecho internacional de los derechos humanos, principalmente, en el Convenio 169 de 1989 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales, aplicable tanto a Pueblos Indígenas como al Pueblo Negro Afrocolombiano,[79] así como en otros instrumentos, como la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.[80]

La SRVR imputó el crimen de persecución por motivos étnicos y de género, para lo cual, al analizar el primer elemento del crimen consistente en la privación grave de derechos fundamentales, indicó que los derechos de los Pueblos Étnicos no solo fueron violados de manera individual sobre cada uno de sus miembros, como el derecho a la vida, a la igualdad, a la integridad, a la libertad, a la dignidad humana, a no ser sometido a torturas o tratos crueles,

[78] *Ibid*., párrafo 1349.
[79] *Ibid*., párrafo 1430.
[80] *Ibid*., párrafo 1431.

inhumanos o degradantes, a la libertad de movimiento, a los alimentos, y a la salud,[81] sino que también fueron violados sus derechos fundamentales colectivos "como el derecho a la consulta previa,[82] a sus territorios,[83] a la autonomía e identidad cultural,[84] a la Jurisdicción Especial Indígena,[85] la educación y la salud étnicamente diferenciadas, configurando así el primer elemento del crimen de persecución[86]".[87]

Como indica Ramiro Molina: "Los derechos colectivos forman parte de una nueva 'política de la diferencia y de la pluralidad' y que implican un importante cambio en las nociones de soberanía y de autodeterminación, a diferencia de las políticas integracionistas y homogeneizadoras que pretendían generar una sola identidad nacional, a costa de la eliminación de las diferencias socioculturales".[88] Así, la SRVR, en virtud del pluralismo jurídico, imputó el crimen de persecución atendiendo también a derechos fundamentales colectivos y no solo individuales por tratarse de Pueblos Étnicos.

La gravedad como elemento para configurar crímenes de guerra

La SRVR, siguiendo la línea de la Sección de Apelación y el Test Tadic, ha evaluado la *gravedad* como uno de los elementos para determinar la existencia de crímenes de guerra, cuando se trata de conductas no previstas en el Estatuto de Roma.

La Sección de Apelación, en decisión TP-SA-AM168 de 2020, señaló: "Los crímenes de guerra son infracciones graves al derecho internacional humanitario que se cometen en conexión con el conflicto armado, sea de carácter internacional o no internacional";[89] así, "una infracción que carezca de esa connotación

---

81 *Ibid*., párrafo 1435.

82 N. 3368. Convenio 169 de la OIT, artículo 6; Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, artículos 18 y 19; Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, artículo 23.

83 N. 3369. Convenio 169 de la OIT, artículos 14, 16 y 17; Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, artículos 25 a 30; Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, artículo 25.

84 N. 3370. Convenio 169 de la OIT, artículos 4 a 9; Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, artículos 8, 11 a 14; Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, artículos 3, 10, 13, 21.

85 N. 3371. Convenio 169 de la OIT, artículos 9 a 13; Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, artículos 33 a 35; Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, artículo 22.

86 N. 3372. Convenio 169 de la OIT, artículos 24 a 31; Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, artículos 14, 15, 21, 24; Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, artículos 15 y 18.

87 JEP - Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas, Auto 03 de 2023, párrafo 1435.

88 Ramiro, "Los derechos individuales y colectivos", *op. cit*., pp. 56 y 57.

89 JEP - Sección de Apelación, Sentencia TP-SA-168 de 2020, párrafo 46.

de gravedad o seriedad no podrá adquirir tal entidad y, por ende, el DIH no plantea un obstáculo insalvable para su amnistía".[90]

La Sección se refirió a la jurisprudencia del TPIY, particularmente, al caso Tadic, donde se establecieron varios criterios para considerar una conducta como crimen de guerra:

> … i) el acto debe infringir una regla del derecho internacional humanitario; ii) la regla debe formar parte de la costumbre internacional o de un tratado internacional; iii) debe tratarse de una violación seria, esto es vulnerar una norma que protege valores importantes y con consecuencias significativas para la víctima, y iv) debe constituir una conducta sancionable.[91]

Afirmó entonces que "el desarrollo normativo y jurisprudencial ha introducido la exigencia de gravedad o seriedad para que una infracción al DIH sea considerada un crimen de guerra y, por tanto, supere el umbral de amnistiabilidad",[92] de manera que esto tendría que analizarse al revisar las infracciones al DIH incluidas en el título de los delitos contra bienes y personas protegidos por el DIH del código penal colombiano, para determinar si se trata o no de infracciones graves y, por lo tanto, de crímenes de guerra –no amnistiables–.

La Sección de Apelación concluyó que, los criterios concurrentes y orientadores que deben emplear las salas de justicia de la JEP para calificar un acto como crimen de guerra son:

> a. Que se trate de un acto cometido en el contexto de un conflicto armado de carácter internacional o no internacional en los términos del inciso 1º del artículo 62 de la LEJEP.
> b. Que el acto constituya una violación de una norma del derecho internacional humanitario aplicable al respectivo conflicto. […]
> c. Que se trate de una vulneración de una entidad significativa, de manera que supere el umbral de seriedad o gravedad necesario;[93] esto implica que se afecten intereses fundamentales para las víctimas –individuos, colectivos o sociedad–, produciendo una lesión o puesta en peligro con significado social de sus derechos fundamentales […].[94]

En el Caso 02, entonces, la Sala de Reconocimiento analizó el elemento de la gravedad –del test Tadic– y siguió los criterios de la Sección de Apelación,

---

90 *Ibid*., párrafo 47.
91 *Ibid*., párrafo 48.
92 *Ibid*., párrafo 50.
93 Esta posición es reiterada por el TPIR en el caso Akayesu y por el TPIY en los casos Blaskic, Galic, Kordic y Cerkez y en Kunarac. En el caso Lubanga, la CPI se refirió a la exigencia de seriedad para que el crimen de guerra se constituya. En el caso Prosecutor v Naletilic & Martinovic, se cita el caso Krstic para definir la seriedad de la conducta: "El daño grave no necesita causar un daño permanente e irremediable, pero debe involucrar un daño que va más allá de la infelicidad, la vergüenza o la humillación temporales. Debe ser un daño que resulte en una grave desventaja a largo plazo para la capacidad de una persona de llevar una vida normal y constructiva" (traducción no oficial de la SA).
94 JEP - Sección de Apelación, Sentencia TP-SA-168 de 2020, párrafo 53.

para determinar la existencia de crímenes de guerra no previstos por el Estatuto de Roma, que sí se encontraban prohibidos en la legislación nacional, con un enfoque y perspectiva étnico-racial derivados del pluralismo jurídico y de la diversidad étnica y cultural.

Al referirse a la gravedad del reclutamiento y la utilización de niños y niñas menores de 18 años, la Sala afirmó:

> Se trata de una violación grave porque afecta los derechos fundamentales de niños y niñas quienes al ser reclutados o utilizados por una organización armada ven amenazados sus derechos a la vida y a la integridad física y no pueden satisfacer adecuadamente sus derechos a la salud, la alimentación, a tener una familia y no ser separados de ella, a la educación, la recreación, la libertad de expresión, entre otros. Esta gravedad se exacerba cuando las víctimas pertenecen a Pueblos Étnicos, porque se genera una ruptura identitaria que perjudica los derechos individuales a continuar con sus prácticas ancestrales, así como los del Pueblo que se afecta profundamente por su visión colectiva cuando pierde violentamente alguno de sus miembros y afecta la posibilidad de su pervivencia cultural por la imposibilidad de transmitir y conservar sus conocimientos y prácticas ancestrales.[95]

De manera similar, al examinar la gravedad del crimen de guerra de empleo y producción de minas antipersonal, la Sala consideró:

> Además de la muerte y lesiones por explosión de MAP, su instalación puede generar el confinamiento de la población, como ocurrió en el Caso 02, y la contaminación de los territorios étnicos, tanto de la Naturaleza como de los lugares sagrados y sitios de importancia espiritual y cultural, lo que exacerba la gravedad porque les impide realizar sus prácticas ancestrales. Con el agravante adicional de que las MAP pueden causar efectos a largo plazo, de modo que, si no son ubicadas y desactivadas, la población permanece en permanente riesgo.[96]

Así mismo, al analizar la gravedad del crimen de guerra de destrucción del medio ambiente natural, la Sala de Reconocimiento señaló que si bien la gravedad estaba dada por la afectación a la Naturaleza, esto es, a los ecosistemas y la vida que contiene el medio ambiente natural, también podía determinarse según el impacto en la relación de los seres humanos con estos ecosistemas. Particularmente, el enfoque étnico-racial puede verse al afirmar:

> En el caso concreto, los habitantes de los municipios que pertenecen en su mayoría a Pueblos Étnicos tienen una relación especial con la Naturaleza y el Territorio, de modo que esta violación también es grave porque afecta el acceso a sus derechos fundamentales como la salud, la alimentación, y la pervivencia cultural por el impacto en sus prácticas ancestrales que están conectadas con los elementos de la Naturaleza.[97]

---

[95] JEP - Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas, Auto 03 de 2023, párrafo 1615.

[96] *Idem*.

[97] *Ibid*., párrafo 1726.

De esta manera, la aplicación del pluralismo jurídico y la diversidad étnica y cultural fue de vital importancia para la calificación jurídica en el ADHC del Caso 02, en la medida en que aportó elementos para evaluar la gravedad de las infracciones al DIH previstas por el Código Penal colombiano y la procedencia de determinar que se trató de crímenes de guerra, así no estuvieran previstos en el Estatuto de Roma.

El crimen de guerra de destrucción del medio ambiente natural

En el ADHC del Caso 02, la SRVR partió de una concepción de medio ambiente que trasciende la visión antropocentrista, ecocentrista y bioculturalista, para situarse desde la ontología relacional, "esto es, 'los espacios-tiempos de interrelación con el mundo natural que circunda y es parte constitutivo de este. Es decir, la interrelación genera escenarios de sinergia y de complementariedad, tanto para el mundo de los [seres humanos], como para la reproducción de los otros mundos'[98]."[99] La ontología relacional reivindica y retoma otras formas de conocimiento y de concepciones del Territorio/Naturaleza y su relación inescindible con la vida humana, y de los otros múltiples sistemas de vida, específicamente, recogió las comprensiones de varios Pueblos Étnicos en el marco del proyecto "Diálogo de saberes: Recolección de evidencia del daño socioambiental y territorial y construcción de la memoria ambiental del conflicto armado del Caso 02" (Informe técnico intercultural).

Es la primera vez que se realiza un informe técnico intercultural de este estilo en la JEP, lo que constituye un avance en la materialización del pluralismo jurídico en la investigación judicial. El informe comprende la documentación de los daños graves, extensos y duraderos, desde dos perspectivas: la técnico-científica y la del conocimiento cultural y espiritual, realizado por un equipo integrado, entre otros, por expertos interculturales étnicos, que conocieron y sufrieron los daños a la Naturaleza y al Territorio. Como lo afirma Aresio Valiente:

> Para comprender la realidad indígena, cuando una de las partes es miembro de un pueblo indígena, o cuando el caso involucra intereses colectivos indígenas, los operadores de justicia deben auxiliarse de un grupo de profesionales interdisciplinario, inclusive de los sabios de un pueblo o de sus autoridades tradicionales, a fin de entender la cosmovisión indígena (peritaje cultural) y el sistema normativo propio (peritaje jurídico-antropológico) que en ella descansa, a fin de garantizar el ejercicio efectivo el Derecho a la Defensa y el Derecho al Acceso a la Justicia.[100]

---

98 Arturo Escobar, *Sentipensar con la tierra. Nuevas lecturas sobre desarrollo, territorio y diferencia*, Medellín, Unaula, 2014, p. 103.

99 JEP - Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas, Auto 03 de 2023, párrafo 1685.

100 Aresio Valiente, "Acceso a la justicia de los pueblos indígenas", *Elementos y técnicas de pluralismo jurídico. Manual para operadores de justicia*, Prujula, Konrad Adenauer, versión para Guatemala,

La metodología de este informe técnico intercultural consistió en comprender y analizar el daño o destrucción de los socioecosistemas desde varias visiones y perspectivas,

> … a través de una valoración sintética de impactos ambientales, que implicó, inicialmente, la definición y categorización de los principales impactos generados y posteriormente, la descripción de la alteración sobre cada uno de los componentes y subcomponentes del sistema biofísico y social. Adicionalmente, se realizaron reuniones con la comunidad de los territorios acreditados como víctimas para reconstruir los hechos y recoger la evidencia de los principales daños ambientales (construcción dialógica de la verdad).[101]

El informe incluye una caracterización biofísica del Territorio y un análisis del daño socioambiental –con imágenes de evidencia de las afectaciones–, con visibilización del impacto en los componentes social, económico y cultural, y en la salud de los habitantes de los territorios. Este daño socioambiental fue encontrado en: los vertimientos de petróleo por atentados contra el Oleoducto Trasandino, la minería criminal, fumigaciones con glifosato, cultivos de uso ilícito. También se tuvieron en cuenta dentro de los hechos victimizantes la instalación de minas antipersonal, las fosas comunes y el despojo de tierras y uso de monocultivos. En el ADHC del Caso 02, se incluyeron los vertimientos de petróleo, la contaminación por minería criminal y la instalación de minas antipersonal en los ríos, el mar y los sitios sagrados.

La Sala de Reconocimiento señaló:

> La valoración del daño socioambiental de cada hecho victimizante establecido, se realizó de acuerdo con la información primaria y secundaria sobre los elementos impactados por estos hechos y de la información (memoria colectiva ambiental) que las comunidades registraron en la JEP sobre estos hechos. Esta valoración se calificó a partir de la información cualitativa y cuantitativa asociada al cambio en el medio ambiente -territorio naturaleza. Adicionalmente, desde una visión intercultural el análisis se realiza de acuerdo con el sistema de pensamiento y sistema de derecho propio que tienen Pueblos Étnicos y comunidades campesinas y rurales del Caso 02 (ontología relacional).[102]

Este informe presenta de manera detallada las evidencias de la destrucción de la Naturaleza, el Territorio y el daño socioambiental, cuya recolección contó con la participación de líderes, lideresas, autoridades étnicas e integrantes de los Pueblos Étnicos de los municipios afectados, lo cual en sí mismo representa un proceso de materialización del pluralismo jurídico, en la medida en que tiene en

---

2012, p. 69.

[101] JEP, Diálogo de saberes: Recolección de evidencia del daño socioambiental y territorial, y construcción de la memoria ambiental del conflicto armado del Caso 02, JEP, s. f., p. 12.

[102] JEP - Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas, Auto 03 de 2023, párrafo 1739.

cuenta las cosmovisiones y comprensiones de estos Pueblos Étnicos en lo que se considera como daño diferenciado, legitima el conocimiento ancestral y empodera a las víctimas para que tengan una participación activa en la construcción dialógica de la verdad. Así, se rompe el paradigma de la parcialidad de la víctima para brindarle un lugar central en el procedimiento dialógico ante la Sala de Reconocimiento, reconociéndola como una de las principales llamadas a esclarecer lo ocurrido, precisamente, por haber sido impactada de manera directa.

El mencionado informe incluye hechos presuntamente cometidos por varios actores armados, por lo que en el ADHC del Caso 02 solo se hizo referencia a aquellos presuntamente cometidos por miembros de las extintas guerrillas de las FARC-EP, y la demás información está siendo analizada en lo relacionado con otros actores de competencia de la JEP.

El ADHC del Caso 02 incorporó varios de los apartes del informe técnico intercultural, con las cosmovisiones y comprensiones de los Pueblos Étnicos. Por ejemplo:

i) Para las organizaciones 1, 5 y 6 la palabra "libertad" se utiliza para describir el territorio. "El territorio es vida, es sentirnos libres y encontrarnos con lo que somos". La estrecha relación con los ríos, quebradas y mar es de vital importancia para los Pueblos Negros Afrocolombianos, sus procesos de educación propia y cultural ancestral como "gente del Pacífico";[103]

ii) para las organizaciones 2 y 3 del Pueblo Indígena Awá, el Katsa Su, es como la "casa grande de todos" donde realizan sus proyectos de vida y garantizan la pervivencia de su Pueblo. El Territorio es donde recrean su pensamiento y experimentan una comunicación directa con los espíritus de la Naturaleza.[104] Consideran que son "gente de las montañas", por lo que, "lo que suceda a la montaña le sucede al Pueblo Awá. La razón de ser, origen, identidad, sabiduría y del pueblo, se originan en las montañas del territorio. El Territorio, en sus palabras, es quienes somos";[105]

iii) para la organización del Pueblo Eperãra Siapidarã, "la tierra es igual que una madre, por eso el cuidado es con paciencia y mucha delicadeza, porque de ella nace la vida del ser humano y lo inhumano";[106]

iv) para las organizaciones campesinas, "la palabra 'arraigo' es la que mejor describe su relación con el territorio. Para ellos, dicho espacio vital brinda la posibilidad de educar a sus hijos, trabajar, cultivar, organizar las expresiones de cultura campesina y practicar sus normas de convivencia".[107]

Además de estas nociones, en el informe técnico intercultural, los expertos recogieron la voz de los Pueblos Étnicos frente a los daños causados, principalmente, la contaminación de espacios sagrados y bienes vitales para la

[103] *Ibid*., párrafo 1686.
[104] *Ibid*., párrafo 1687.
[105] *Ibid*., párrafo 1688.
[106] *Ibid*., párrafo 1690.
[107] *Ibid*., párrafo 1689.

supervivencia[108] por el vertimiento de petróleo debido a los atentados contra el Oleoducto Trasandino[109] y la minería criminal.[110] Así, los hallazgos de este informe técnico intercultural fueron considerados por la Sala de Reconocimiento como determinantes para el esclarecimiento de los hechos.[111]

El crimen de guerra de destrucción de bienes culturales y lugares de culto

El ADHC del Caso 02 imputó por primera vez en la JEP el crimen de guerra de destrucción de bienes culturales y lugares de culto. Para ello, tuvo en cuenta el artículo 8(2)(e)(iv) del Estatuto de Roma, que prohíbe "dirigir intencionalmente ataques contra edificios dedicados a la religión, la educación, las artes, las ciencias o la beneficencia, los monumentos históricos, los hospitales y otros lugares en que se agrupa a enfermos y heridos, a condición de que no sean objetivos militares".

La SRVR, con base en el pluralismo jurídico y la diversidad étnica y cultural, realizó una interpretación amplia con enfoque étnico-racial sobre este tipo penal, de manera que no solo se tuvieran en cuenta los "edificios religiosos", sino que también, comprendiendo el sistema de derecho propio de los Pueblos Étnicos, se incluyeran los lugares sagrados o de culto donde viven espíritus tutelares, que guardan el conocimiento ancestral para proteger la vida. En estos lugares se realizan ceremonias y armonizaciones, y desde estos lugares se garantiza la pervivencia de los pueblos. En este orden de ideas, la religión comprende también otro tipo de espiritualidades, como las de los Pueblos Étnicos, donde, según cada cosmovisión, los lugares sagrados o de culto pueden estar en la Naturaleza, representados en ríos, montañas, lagunas, piedras, entre otras.

La SRVR también tuvo en cuenta el desarrollo del derecho internacional sobre los bienes culturales, avanzado en materia de pluralismo jurídico. La Convención de La Haya de 1954 incluye dentro de los bienes culturales "aquellos que tengan gran importancia para el patrimonio cultural de los pueblos".[112] Por su parte, el comentario del Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) al artículo 16 del Protocolo II adicional señaló que los lugares de culto son los que, "independientemente de su valor cultural, tienen un valor espiritual y expresan la conciencia de un pueblo".[113]

---

[108] *Ibid*., párrafo 1706.
[109] *Ibid*., párrafo 1705.
[110] *Ibid*., párrafo 1706.
[111] *Ibid*., párrafo 1738.
[112] Convención de La Haya de 1954, artículo 1(a).
[113] CICR, Comentario al Protocolo Adicional II a los Convenios de Ginebra de 1949, 1998, párrafo 4839.

De manera que el patrimonio cultural o espiritual de los Pueblos, según el CICR, comprende los "bienes cuyo valor rebasa las fronteras y presentan un carácter único, al estar relacionados con la historia y la cultura de un pueblo".[114] Ante esto, la Sala afirmó que "no es necesario que se trate de lugares con importancia mundial, sino que basta que representen un valor especial para algún pueblo para que estén protegidos".[115]

En similar sentido, las interpretaciones del CICR al afirmar:

> La destrucción de bienes culturales puede considerarse como un intento de destruir no solamente iglesias o bibliotecas, por ejemplo, sino la identidad cultural de toda una sociedad. Es por ello que la lucha por la defensa de los bienes culturales de un pueblo y, por consiguiente, el respeto por su dignidad, son parte integral de la labor humanitaria destinada a proteger a ese pueblo.[116]

La Sala de Reconocimiento interpretó algunos de los elementos del crimen de guerra dialogando con el sistema de derecho propio y aplicando el enfoque étnico racial, así como lo hizo en el CLH de exterminio. En el ADHC del Caso 02 se concluyó que "bien puede interpretarse que el artículo 8(2)(e)(iv) ER al referirse a 'edificios' lo hace desde una visión occidental, pero debe entenderse en sentido amplio como 'lugar', según las creencias y visiones de cada pueblo".[117] Así, "la expresión 'religión' debe comprenderse en el sentido de abarcar las prácticas espirituales de los Pueblos Étnicos de acuerdo con sus cosmovisiones".[118]

Para ello, también se tuvo en cuenta que el artículo 156 del Código Penal colombiano prohíbe expresamente la destrucción o utilización ilícita de bienes culturales y de lugares de culto:

> El que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, sin justificación alguna basada en imperiosas necesidades militares y sin que previamente haya tomado las medidas de protección adecuadas y oportunas, ataque y destruya monumentos históricos, obras de arte, instalaciones educativas o lugares de culto, que constituyan el patrimonio cultural o espiritual de los pueblos, o utilice tales bienes en apoyo del esfuerzo militar.[119]

El ADHC del Caso 02 explicó con detalle que los Pueblos Étnicos

> … no dividen la vida en dos categorías ontológicamente distintas: la naturaleza, por un lado, y la cultura, por otro. Ni conciben la vida según las oposiciones binarias que

[114] *Ibid*., párrafo 4840.
[115] JEP - Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas, Auto 03 de 2023, párrafo 1776.
[116] *Ibid*., párrafo 1782.
[117] *Idem*.
[118] *Idem*.
[119] Congreso de la República de Colombia, Ley 599 de 2000, *Diario Oficial* 44.097 de 24 de julio de 2000, artículo 156.

> se desprenden de esta separación, como es lo bio y lo geo, sujeto y objeto, sintiente e inerte, espiritual y secular. De modo heterogéneo para muchas de las comunidades que forman parte de la diversidad de mundos rurales del país, estas separaciones no existen de tal manera.[120]

Así, el Auto trajo varios ejemplos de las cosmovisiones y el derecho propio del Pueblo Awá y del Pueblo Negro Afrocolombiano. Frente al Pueblo Awá, se resaltó su relación con el *Katsa Su*, "que está vivo, es la madre tierra, es la fuente del buen vivir y la casa del Pueblo Awá y de los seres que allí habitan. En el Katsa Su, los Awá desarrollan toda la vivencia de la espiritualidad, se armonizan con sus espíritus y ancestros, y realizan sus ritualidades de acuerdo con su Ley de Origen".[121] En este Territorio hay abundantes sitios sagrados y lugares de importancia espiritual y cultural, "todo vive y es sagrado, no solamente los seres humanos, sino también los cerros, las cuevas, el agua, las casas, las plantas y los animales tienen agencia".[122]

La Sala de Reconocimiento también resaltó la relación del Pueblo Negro Afrocolombiano con el Territorio:

> La existencia del territorio colectivo se deriva de la especial relación espiritual que existe entre los Pueblos y el entorno natural. Además, aquí se establecen diferentes dinámicas que, de acuerdo con su ordenamiento territorial, permiten las actividades de pesca, caza, recolección de moluscos, plantas medicinales, transporte, agricultura, entre otros. En el Territorio se sustenta sus sistemas de justicia propia y el equilibrio y la armonía con sus espíritus y su cultura.[123]

El ADHC del Caso 02 tuvo en cuenta el informe técnico intercultural para establecer las afectaciones a los bienes culturales y lugares de culto. Se refirió al *kuanka*, un espíritu del Pueblo Awá "que vive en las chorreras y se baña en el río, y se alimenta de los peces y cangrejos del río. No obstante, una vez contaminado el río, su espíritu los abandonó, y con ello se generan tragedias, muertes, malos entendidos y problemas en la comunidad".[124]

El Auto se refirió además a la pérdida de plantas de agua o ribera, como Chaware Kuazi (chaguare de agua, planta o medicina de agua), Ishnu Watsam (curar paciente), Chutun (espíritu invisible), mal viento, fundamentales para sus prácticas medicinales y espirituales, por la contaminación de los ríos, en

---

[120] JEP - Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas, Auto 03 de 2023, párrafo 1765.
[121] *Ibid*., párrafo 1767.
[122] *Idem*. Ver también Belkis Izquierdo y Lieselotte Viaene, "Descolonizar la justicia transicional desde los territorios indígenas", *Afrontar el pasado, construir juntos el futuro*, n.° 34, 2018, p. 7.
[123] JEP - Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas, Auto 03 de 2023, párrafo 1768.
[124] *Ibid*., párrafo 1784.

el caso del Pueblo Awá.[125] El Pueblo Negro Afrocolombiano, así mismo, vio su espiritualidad afectada

> … con la pérdida de plantas medicinales pues al no disponer de ciertas plantas, como "son yerbabuena, toronjil, caracucho, paico, poleo, matarratón etc., que servían para que los médicos tradicionales curaran los males de monte y picaduras de serpientes". También afectó la práctica de la partería lo que impactó directamente a las parteras y sus saberes, a las mujeres negras.[126]

De igual modo, se citaron sitios sagrados del Pueblo Awá destruidos por los vertimientos de petróleo, como la quebrada La Ensillada, la peña Maindes y la quebrada Membí,[127] o la Reserva Inkal Awá La Nutria Piman;[128] o la chorrera y quebrada Carbonera, la piedra La Llorona y el santuario de la Virgen de las Lajas, destruidos por la instalación de minas antipersonal.[129] Todos, sitios de curación medicinal o de integración familiar, con lo que se afectaron también sus prácticas ancestrales y espirituales.

Sobre los lugares de culto del Pueblo Awá destruidos por la minería criminal, la Sala de Reconocimiento señaló:

> … cuando avanzaron con sus maquinarias en el resguardo Gran Rosario (Tumaco) a pesar de la oposición de las autoridades indígenas. De manera similar, en el resguardo Tortugaña Telembí, sin autorización de las autoridades llegaron a la cabecera del río Naya para explotar el oro, lugar sagrado donde se encuentra una casa de piedra heredada de sus antepasados desde la época de la colonización.[130]

Así, la calificación jurídica de la destrucción de bienes culturales y lugares de culto como crimen de guerra también es una materialización del pluralismo jurídico en la medida en que, por una parte, reconoce que los Pueblos Étnicos tienen lugares sagrados de especial protección de acuerdo con su cosmovisión, espiritualidad y cultura; visibiliza la existencia de estos lugares sagrados, los cuales se encuentran dentro de la Naturaleza, y los protege. Es decir, se aproxima a la Naturaleza y al Territorio desde la ontología relacional y, finalmente, propone una interpretación con enfoque étnico-racial de los elementos del crimen del Estatuto de Roma, acorde con los avances del derecho internacional de los derechos humanos y del DIH, que cobije no solo edificios religiosos, sino también, los lugares sagrados de los Pueblos Étnicos, para realizar la calificación con base en dicho estatuto y en el Código Penal colombiano.

---

125 *Idem*.
126 *Ibid*., párrafo 1788.
127 *Ibid*., párrafo 1786.
128 *Ibid*., párrafo 1795.
129 *Ibid*., párrafo 1787.
130 *Ibid*., párrafo 1795.

Conclusiones

El reconocimiento del pluralismo jurídico y de la diversidad étnica y cultural como principios constitucionales, es el resultado de la resistencia y reivindicación de los Pueblos, por una parte, y la respuesta a una realidad social de exclusión y de injusticias históricas, por la otra, lo cual llevó a una transición normativa en el constitucionalismo latinoamericano, para reposicionar el lugar de los Pueblos Étnicos ancestrales y originarios en el sistema, es decir, lograr la unidad en la diversidad. Sin embargo, este reconocimiento formal no ha sido del todo materializado en la práctica, debido a la persistencia de un imaginario discriminatorio y estereotipado de los conocimientos y del sistema de justicia de los Pueblos Étnicos, traducido en un relacionamiento desequilibrado y excluyente de los espacios de poder, que impide reconocer en las autoridades étnicas unos pares y en sus sistemas de conocimiento unos saberes legítimos.

Así, se considera que la JEP tiene la obligación de garantizar el enfoque étnico-racial en sus investigaciones y decisiones, no solo porque su marco normativo lo impone, sino porque solo así podría garantizar de manera progresiva la satisfacción de los derechos de las víctimas de los Pueblos Étnicos y, con ello, obtener una legitimación en la rendición de cuentas que permita el avance en los fines de la reconciliación y la paz territorial, esto es, la materialización de la justicia restaurativa y prospectiva.

En el Caso 02, la Sala de Reconocimiento utilizó las herramientas jurídicas disponibles, principalmente el amplio marco de fuentes, para realizar la calificación jurídica propia de manera armónica, que le permitiera no solamente mostrar el enfoque étnico-racial en la documentación de los daños, como ha ocurrido en otras decisiones, sino ir más allá de lo procedimental, mediante un proceso de diálogo intercultural y coordinación interjurisdiccional e interjusticias, en el que la cosmovisión y el sistema de derecho propio de los Pueblos Étnicos presentes en los municipios investigados pudieran tener un impacto en la determinación de lo que realmente ocurrió en el conflicto armado.

Así, la Sala de Reconocimiento, en el ADHC del Caso 02: i) al analizar el CLH de exterminio, interpretó que las condiciones de existencia encaminadas a la destrucción de la Población, en el caso de los Pueblos Étnicos, incluyen las condiciones que afectan no solo su pervivencia física, sino también espiritual y cultural; ii) en el CLH de persecución, visibilizó la grave privación de los derechos fundamentales colectivos de los Pueblos Étnicos, no solo de los derechos individuales de sus integrantes individualmente considerados; iii) determinó la gravedad como elemento para configurar crímenes de guerra según la cosmovisión y el sistema de derecho propio de los Pueblos Étnicos; iv) realizó un informe técnico intercultural ambiental para comprender los daños graves y desproporcionados al Territorio y a la Naturaleza, a la luz del sistema de derecho propio de los Pueblos Étnicos presentes en los municipios priorizados,

superando el paradigma que atribuye validez únicamente al conocimiento científico; v) interpretó que los elementos del crimen de guerra de ataque a bienes culturales del Estatuto de Roma, referentes a la protección de edificios religiosos, debía comprenderse de manera más amplia para incluir los lugares sagrados de los Pueblos Étnicos de conformidad con su cosmovisión y sistema de derecho propio.

Los avances en el Caso 02 son significativos, pero aún existen muchos desafíos para lograr un verdadero diálogo intercultural e interjurisdiccional que permita que los sistemas de derecho propio sean asumidos como fuentes de derecho válidas y legítimas dentro del sistema de fuentes de la justicia transicional, cuando se investiguen, juzguen y sancionen crímenes contra los Pueblos y Territorios Étnicos.

Como es sabido, el impacto del pluralismo jurídico y la diversidad étnica y cultural en la calificación jurídica propia no ha estado exento de debates y tensiones, pero este artículo busca visibilizar los avances al respecto, con la finalidad de que la materialización de estos principios constitucionales sea un tema de estudio, análisis y reflexión en los escenarios académicos, pero también una forma de aportar nueva jurisprudencia desde la interlegalidad, que contribuya a reivindicar y dignificar a los Pueblos Étnicos.

Bibliografía

Doctrina

Albarracín, Waldo, "La protección de los derechos de los pueblos indígenas en el derecho internacional", *Los derechos individuales y derechos colectivos en la construcción del pluralismo jurídico en América Latina*, Konrad Adenauer Stiftung, 2011.

Arango, Mirva, "La coordinación entre sistemas de justicia en Colombia, Ecuador y Perú", *Los derechos individuales y derechos colectivos en la construcción del pluralismo jurídico en América Latina*, Konrad Adenauer Stiftung, 2011.

Escobar, Arturo, *Sentipensar con la tierra. Nuevas lecturas sobre desarrollo, territorio y diferencia*, Medellín, Unaula, 2014.

Garzón, Pedro, "El pluralismo jurídico, derecho indígena y colonialidad jurídica: repensando el derecho desde la colonialidad del poder", *Ius Inkarri*, n.° 8, 2019.

Gómez, Herinaldy, *Justicias indígenas de Colombia: reflexiones para un debate cultural, jurídico y político*, Bogotá, Consejo Superior de la Judicatura, 2005.

Izquierdo, Belkis y Lieselotte Viaene, "Descolonizar la justicia transicional desde los territorios indígenas", *Afrontar el pasado, construir juntos el futuro*, n.° 34, 2018.

Molina, Ramiro, "Los derechos individuales y colectivos en el marco del pluralismo jurídico en Bolivia", *Los derechos individuales y derechos colectivos en la construcción del pluralismo jurídico en América Latina*, Konrad Adenauer Stiftung, 2011.

Muyuy, Gabriel, *Hacia la interculturalización de la Educación Superior*, Presidencia de la República de Colombia, 2014.

Núñez, María Dolores, "El reconocimiento de 'la justicia indígena' como agente de la reivindicación de los pueblos indígenas en el marco del pluralismo jurídico", *Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal*, v. 6, n.° 6, 2018.

Rojas, Farit, "Del monismo al pluralismo jurídico: interculturalidad en el Estado constitucional", *Los derechos individuales y derechos colectivos en la construcción del pluralismo jurídico en América Latina*, Konrad Adenauer Stiftung, 2011.

Sánchez, Esther, "Reflexiones en torno de la jurisdicción especial indígena en Colombia", *Revista IIDH*, v. 41, n.° 226, 2005.

Valiente, Aresio, "Acceso a la justicia de los pueblos indígenas", *Elementos y técnicas de pluralismo jurídico. Manual para operadores de justicia*, Prujula, Konrad Adenauer (versión para Guatemala), 2012.

Yrigoyen, Raquel, "Pluralismo jurídico y jurisdicción indígena en el horizonte del constitucionalismo pluralista", H. Ahrens, *El Estado de derecho hoy en América Latina. Libro en homenaje a Horst Schönbohm*, México, UNAM 2016.

Normas

Congreso de la República de Colombia, Acto Legislativo 01 de 2017, *Diario Oficial* 50.196 de 4 de abril de 2017. Disponible en: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/acto_ legislativo_01_2017.html.

Congreso de la República de Colombia, Ley 599 de 2000, Por la cual se expide el Código Penal, *Diario Oficial* 44.097 de 24 de julio de 2000. Disponible en: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0599_2000.html.

Congreso de la República de Colombia, Ley 1957 de 2019, Estatutaria de la Administración de Justicia en la Jurisdicción Especial para la Paz, *Diario Oficial* 50.976 de 6 de junio de 2019. Disponible en: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/.ley_1957_2019.html.

Constitución Política de Colombia, 1991.

JEP, Reglamento General, Acuerdo ASP 001 de 2020.

Instrumentos internacionales

Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), Comentario al Protocolo Adicional II a los Convenios de Ginebra de 1949, 1998.

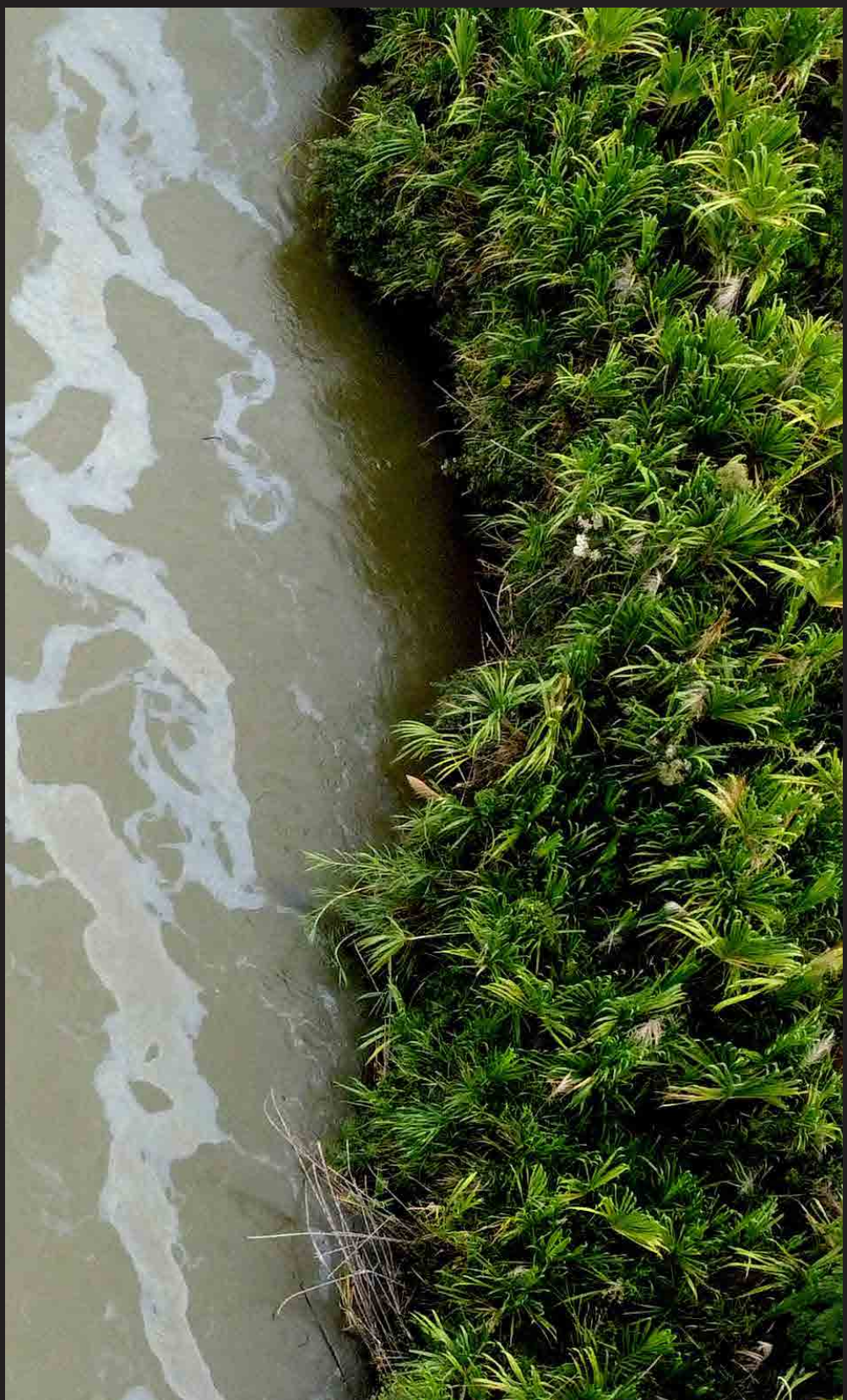
Convención de La Haya, 1954.

Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), 1989.
Corte Penal Internacional, Elementos de los Crímenes, 2002.
Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, 2016.
Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, 2007.
Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, A/CONF.183/9, de 17 de julio de 1998.

Jurisprudencia

Corte Constitucional, Auto 218 de 2006, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.
Corte Constitucional, Auto 004 de 26 de enero de 2009, M. P. Manuel Cepeda Espinosa.
Corte Constitucional, Sentencia C-038 de 9 de febrero de 1995, M. P. Alejandro Martínez Caballero.
Corte Constitucional, Sentencia SU- 510 de 18 de septiembre de 1998, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.
Corte Constitucional, Sentencia T-514 de 30 de julio de 2009, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.
Corte IDH, Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay, Sentencia de 17 de junio de 2005, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, n.° 125.
Corte IDH, Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa, Sentencia de 29 de marzo de 2006, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, n.° 146.
Corte IDH, Caso del Pueblo Saramaka v. Surinam, Sentencia de 28 de noviembre de 2007, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, n.° 172.
JEP - Sala de Recnocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas, Auto 03 de 2023,
JEP - Sección de Apelación, Sentencia TP-SA-168 de 2020.

MODELO RESTAURATIVO Y MEDIO AMBIENTE



Fotografía: Juan Camilo Velandia

6

La Jurisdicción Especial para La Paz y el modelo restaurativo de justicia transicional

‹**EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ**› Magistrado de la Sección de Apelación

Resumen: Las características centrales de la justicia transicional y del modelo restaurativo de justicia transicional que se quiere aplicar en Colombia constituyen el cuerpo central de este texto. La primera, puede ser entendida como un dispositivo que contribuye a reducir la complejidad que el tema de justicia significó para los negociadores del Acuerdo Final para la Paz (AFP), y el segundo comporta la verdadera novedad: una justicia penal dialogada, sobre todo en la primera fase del trámite, aplicada por la JEP y que concluye con sanciones restaurativas para los máximos responsables, y renuncia a la acción penal o figuras semejantes para quienes no lo sean. Las sentencias restaurativas sobre los "pocos" tendrán la función de narrativa omnicomprensiva del conflicto y de los 50 años de guerra en Colombia.

Palabras clave: justicia transicional; modelo restaurativo de justicia transicional; justicia dialógica.

Abstract: The central characteristics of transitional justice and the restorative model of transitional justice that is to be applied in Colombia, constitute the central body of this text. The first can be understood as a device that contributes to reducing the complexity that the issue of justice posed to the AFP negotiators, and the second involves the true novelty: criminal justice through dialogue, especially in the first phase of the process, which is applied by the JEP and concludes with restorative sanctions for those most responsible and waiver of criminal action or similar figures for those who are not. The restorative sentences on the "few" will serve as an all-encompassing narrative of the conflict and the 50 years of war in Colombia.

Keywords: Transitional justice; restorative model of transitional justice; dialogic justice.

VOLVER A TABLA DE CONTENIDO

Introducción

Los Estados tienen la obligación de investigar y sancionar los delitos cometidos en un determinado territorio, todo ello con el fin de proteger los intereses de los particulares y del propio Estado. Como la lechuza de Minerva, de la que hablaba el filósofo alemán Georg Hegel, la justicia penal llega tarde, cuando todo ha pasado, cuando el daño ya está hecho. La forma en la que la justicia penal responde a estos crímenes es a través de sanciones que tienen varios propósitos: castigar al autor de los delitos, garantizar que las conductas ilegales vuelvan a ocurrir en el futuro y reintegrar al autor a la comunidad para que se convierta en un miembro respetuoso de la ley. De esta forma, la mirada hacia el pasado se convierte en una hacia el futuro, con el objetivo de evitar que lo sucedido se repita.

La justicia penal presupone un contexto de normalidad, un sistema que funcione bien bajo el imperio de la ley. Pero hay momentos en los que la norma deja de regular la vida de los ciudadanos. En esos momentos de excepción, la justicia encuentra sus límites. Por ello, es necesario recurrir a otro tipo de mecanismos que permitan garantizar el cumplimiento de los fines que la constitución reserva a la justicia. La justicia transicional no es una justicia excepcional, aunque lo es para tiempos excepcionales. Pero pretende, a través de diferentes mecanismos, garantizar que se restablezca el Estado de derecho y los derechos de las víctimas a la verdad, a la justicia y a la reparación. Como lo sostuvo Pablo de Greiff en su intervención en la celebración de los 20 años de la Constitución colombiana, el sentido de justicia contenido en la Constitución Política no le es ajeno a la justicia transicional, solo que se adapta a las necesidades que imponen las tensiones muchas veces disruptivas y más intensas que desbordan la normalidad.

Las respuestas y prácticas de los Estados a las demandas surgidas en momentos de cambio político han sido agrupadas bajo un nuevo modelo de justicia que ha venido a denominarse justicia transicional o justicia en tiempos de transición. La justicia transicional es, entonces, un campo de reciente surgimiento, no solo en Colombia, sino en el mundo, aunque los mecanismos de lo que ahora se denomina justicia transicional no son nuevos en las prácticas de los Estados.

Colombia: un conflicto armado no internacional de larga duración

La historia de Colombia se ha caracterizado por la existencia de diferentes conflictos y variados actores armados: la *guerra bipartidista* en el periodo conocido como La Violencia; la *guerra subversiva* contra las guerrillas comunistas y nacionalistas; la *guerra contra el narcotráfico*, con el surgimiento de grupos paramilitares; y las *nuevas guerras*, en las que los actores armados aparecen desideologizados y en las que el control territorial no se ejerce como parte de una estrategia militar, sino como expresión de la necesidad de controlar las rutas del narcotráfico.

Las respuestas institucionales a estos conflictos han sido de distinto tipo y alcance (tabla 1).

TABLA 1. MODELOS DE SOLUCIÓN A LOS CONFLICTOS

Modelo de amnistías e indultos	Desde 1882, el Congreso ha aprobado más de 63 indultos ejecutivos y 25 leyes de amnistía. Todo ello para acabar con más de 80 conflictos armados. Pero la amnistía no era la paz.
Modelo de negociación de paz	Desde 1982, el Ejecutivo inició negociaciones de paz con distintas guerrillas. En 1990, el Gobierno colombiano firmó acuerdos de paz con el M-19, el Movimiento Armado Quintín Lame y facciones del Ejército Popular de Liberación (EPL) y el Ejército de Liberación Nacional (ELN). Como resultado, se aprobó la nueva Constitución de 1991.
Modelo de sometimiento a la justicia para enfrentar al crimen organizado	En las décadas de los ochenta y noventa, Colombia enfrentaba tres guerras: contra la guerrilla, contra el narcotráfico y contra la delincuencia común. El gobierno introdujo un modelo basado en instituciones de negociación de penas y creó un sistema especial de justicia, con jueces, fiscales y testigos secretos.
Introducción del modelo de justicia transicional	Los grupos paramilitares existen desde la década de los cincuenta. Pero en la segunda mitad de la década de los noventa, la violencia generada por ello llegó a su punto máximo. El gobierno introdujo mecanismos de justicia transicional para hacer frente a este pasado de violaciones masivas de derechos humanos. Creó el sistema judicial de Justicia y Paz, la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación, y la Unidad para las Víctimas del Conflicto Armado. Posteriormente, creó el Centro Nacional de Memoria Histórica.
Un nuevo modelo: la justicia transicional restaurativa	En 2016, el gobierno de Juan Manuel Santos firmó un acuerdo de paz con la guerrilla de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia-Ejército del Pueblo (FARC-EP), para poner fin a un conflicto que llevaba más de 50 años. Creó un sistema especial para atender los delitos cometidos por este actor y las Fuerzas Armadas colombianas durante el conflicto.

Fuente: Elaboración propia.

Un nuevo modelo: la justicia transicional restaurativa

En 1982, se inició el proceso de negociación con la guerrilla de las FARC-EP; estas negociaciones fueron difíciles y no culminaron en un acuerdo de paz. En 1990, el Gobierno bombardeó Casa Verde, los cuarteles generales del grupo armado, poniendo así fin a casi 8 años de tregua con esa guerrilla. En 1998, se inició un nuevo proceso de paz que fracasó y llevó al Gobierno a lanzar una guerra frontal, con la esperanza de poner fin a un conflicto cuya existencia se negaba a terminar por la vía militar. La consecuencia de esta estrategia produjo

un aumento de las violaciones de los derechos humanos y del derecho humanitario y, en todo caso, no contribuyó a la consecución de la paz.

Por el contrario, el gobierno de Juan Manuel Santos inició conversaciones secretas con las FARC-EP, que concluyeron en una agenda de seis puntos; la negociación solo se hizo pública una vez fueron acordados en su totalidad. En esto se diferenció de procesos anteriores, en especial del proceso de paz del gobierno de Andrés Pastrana, en el que las conversaciones se iniciaron públicamente, sin que hubiera acuerdo sobre la agenda ni sobre la metodología de negociación. En el caso del proceso del presidente Santos, se establecieron reglas que permitían aplazar por un tiempo una discusión hasta lograr un consenso, se distinguía entre el conflicto armado en Colombia y la negociación de paz en La Habana, y se entendía que la negociación solo finalizaba cuando se acordaran todos los puntos de la agenda, que se resumía en el lema del proceso: "Nada está acordado hasta que todo esté acordado".

La agenda de negociación del Gobierno nacional y las FARC-EP fue compleja, pero las delegaciones en La Habana llegaron a acuerdos significativos. Quizás uno de los puntos más desafiantes fue el punto 5, que se relaciona con las víctimas del conflicto. Desde un principio quedó claro que los miembros de las FARC-EP no aceptarían un acuerdo que incluyera penas de prisión y que afectara su participación política (justicia). Por parte del Gobierno, cualquier acuerdo sobre justicia transicional implicaba una importante rendición de cuentas, considerando la gravedad de las violaciones cometidas en el conflicto.

Dentro de los primeros seis meses de negociaciones del punto 5, las delegaciones ya habían acordado unas "Declaraciones de Principios", la necesidad de crear un Sistema Integral de Justicia, Verdad, Reparación y No Repetición, y la creación de una Comisión de la Verdad y una Unidad Especial para la Búsqueda de Personas dadas por Desaparecidas. Sin embargo, las delegaciones estuvieron más de un año negociando el punto de justicia sin llegar a acuerdo alguno. Esta circunstancia llevó al presidente Santos y al líder de las FARC, Rodrigo Londoño, a designar una comisión especial para negociar este tema. Esta comisión propuso un modelo complejo de rendición de cuentas por los delitos cometidos en relación con el conflicto armado que denominaron "Jurisdicción Especial para la Paz".

La centralidad de las víctimas en el acuerdo del punto 5 de la agenda se ha traducido en su fuerte presencia en los procesos ante la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP). No solo pueden aportar pruebas que permitan a la JEP verificar y contrastar las declaraciones de los participantes (exguerrilleros, militares y terceros colaboradores), sino que también pueden participar en audiencias e incluso interponer recursos contra las decisiones de la JEP. Este modelo difiere significativamente de otros, donde la participación de las víctimas fue limitada y no fueron reconocidas como sujetos dentro del proceso.

El Acuerdo Final de Paz (AFP) se firmó en noviembre de 2016, luego de que tuviera que ser renegociado debido a los resultados negativos de un referéndum. Los resultados del referéndum afectaron el acuerdo y permitieron que los partidos que se oponían a él llegaran a la presidencia con la promesa o amenaza de "hacerlo trizas". Aunque al final esto no se logró, se perdieron cuatro valiosos años de implementación exitosa.

La Jurisdicción Especial para la Paz

Las FARC-EP era una guerrilla que no confiaba en el sistema judicial colombiano. Por ello, sostuvieron que solo podían ser juzgados por un tribunal especial, internacional o mixto. La JEP fue creada como una especie de tribunal internacional mixto, pero los tribunales colombianos se opusieron a este arreglo, y la Corte Constitucional lo encontró contrario a la Constitución colombiana. Por eso, los jueces internacionales incluidos en el AFP pasaron a la categoría de *amicus curiae*.

La JEP es el componente judicial del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición (SIVJRNR). Busca, sobre todo, materializar los derechos de las víctimas a la justicia, luchar contra la impunidad, y cumplir con el deber estatal de investigar, juzgar y sancionar los hechos delictivos. También pretende emitir sentencias judiciales que brinden seguridad jurídica a quienes participaron en ella.

La JEP está integrada por 38 jueces de nacionalidad colombiana, seleccionados por una comisión especial integrada por dos representantes colombianos (el presidente de la Corte Suprema de Justicia y el representante de la Comisión Permanente del Sistema Universitario Estatal), y tres extranjeros (el delegado del Secretario General de la ONU, el delegado del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el delegado del Centro Internacional para la Justicia Transicional). De los 38 jueces, el 10% son indígenas, el 10% afrocolombianos, el 53% son mujeres y el 47% son hombres.

El marco legal del Sistema Integral para la Paz[1]

Para que la JEP entrara en funcionamiento fue necesario modificar la Constitución Política de 1991 (Acto Legislativo 1 de 2017) y aprobar una ley estatutaria (Ley 1957 de 2019) y procesal (Ley 1922 de 2018). Estas tres normas, junto con la Ley de Amnistías (Ley 1820 de 2016), componen el marco normativo de la JEP.

La JEP entró en funcionamiento en marzo de 2018. Está compuesta por tres salas judiciales: Sala de Amnistía o Indulto (SAI), Sala de Definición de Situaciones Jurídicas (SDSJ), y Sala de Reconocimiento de Verdad de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas (SRVR); por el Tribunal para la

[1] Véase Jurisdicción Especial para la Paz: https://www.jep.gov.co/Normativa/Paginas/Acto-Legislativo.aspx.

Paz que, a su vez, está compuesto por cuatro secciones: Sección de Reconocimiento de Verdad y de Responsabilidad de los Hechos y Conductas (SecRVR), Sección de Ausencia de Reconocimiento de Verdad y de Responsabilidad de los Hechos y Conductas (SAR), Sección de Revisión (SR) y Sección de Apelaciones (SA); por la Unidad de Investigación y Acusación (UIA) y por el Secretario Ejecutivo.

La JEP tiene jurisdicción sobre todas aquellas personas que, habiendo participado directa o indirectamente en el conflicto armado, hayan cometido delitos en el contexto y con motivo del conflicto armado. En consecuencia, se aplica a:

- excombatientes de grupos guerrilleros que hayan firmado un acuerdo definitivo de paz con el Gobierno, una vez hayan depuesto las armas.
- miembros de las Fuerzas Armadas del Estado.
- otros agentes del Estado que no sean miembros de las Fuerzas Armadas y terceros no miembros de los grupos armados, que podrán acudir voluntariamente ante la JEP, siempre que se comprometan a contribuir a la realización de los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación.

La estrategia de investigación de la JEP

Como se señaló, en Colombia, la justicia penal aplicable en situaciones de normalidad ha operado tradicionalmente con una metodología caso por caso para la investigación y persecución de los delitos. En este contexto, la función de los órganos de investigación penal y quienes representaron al Gobierno nacional en la Mesa de Negociación por la Paz en La Habana, Cuba, advirtieron desde un inicio que si este enfoque se aplicara a todos los crímenes cometidos por miembros de las FARC-EP, generaría un sinfín de procesos. Según un estudio realizado por el Gobierno durante los diálogos de paz, todos los procesos penales en curso contra miembros de las FARC sumaban aproximadamente 20.000.

En un informe preliminar de inventario entregado por la Fiscalía General de la Nación (FGN) a la JEP en 2018, la estimación de casos o delitos atribuibles a las FARC-EP se calculó en alrededor de 52.000, con un número ligeramente superior de víctimas. Esto sin contar los delitos cometidos por otros actores del conflicto, que aún no habían sido juzgados, como los perpetrados por miembros de las Fuerzas Armadas, otros agentes del Estado, colaboradores de los paramilitares y otros actores armados.

Por lo tanto, la JEP se creó bajo la idea de que debía agrupar los delitos ocurridos durante el conflicto para identificar patrones de macrocriminalidad y concentrarse en los más relevantes, considerando aspectos como la naturaleza de la víctima o del victimario, o el tipo de delito perpetrado. Solo así es posible esclarecer una multiplicidad de hechos (aunque sin entrar en los detalles precisos de todos), que, a su vez, ayudan a ejemplificar cómo funcionaba el patrón

delictivo. Además, esto lleva a develar sistemas de criminalidad que engloban todo un fenómeno de victimización masiva, ofreciendo una explicación integral de los hechos individuales que de otro modo podrían parecer inconexos.

Los macrocasos[2]

En la JEP, este propósito de investigar universos reales de crímenes internacionales se ha concretado en once macrocasos:

1. Toma de rehenes, graves privaciones de la libertad y otros crímenes concurrentes cometidos por las FARC-EP.
2. Situación territorial de Ricaurte, Tumaco y Barbacoas (Nariño).
3. Asesinatos y desapariciones forzadas presentados como bajas en combate por agentes del Estado.
4. Situación territorial de la región de Urabá.
5. Situación territorial de la región del norte del Cauca y el sur del Valle del Cauca.
6. Victimización de miembros de la Unión Patriótica.
7. Reclutamiento y utilización de niñas y niños en el conflicto armado.
8. Crímenes cometidos por la Fuerza Pública, agentes del Estado en asociación con grupos paramilitares, o terceros civiles en el conflicto armado.
9. Crímenes contra pueblos y territorios étnicos en el conflicto armado.
10. Crímenes no amnistiables cometidos por las extintas FARC-EP en el marco del conflicto armado colombiano.
11. Violencia sexual cometida en el marco del conflicto colombiano (este se encuentra en etapa de agrupación, que es previa a la priorización formal).

El modelo restaurativo de justicia transicional

El procedimiento dentro de la vía restaurativa de la JEP se basa en el diálogo y en la idea de que, para que haya una reconstrucción colectiva de la verdad y un acuerdo sobre las formas de reparación y no repetición, se debe redefinir el papel de víctimas, victimarios y jueces. Las víctimas están empoderadas y se les permite plantear múltiples demandas –no solo limitadas a la imposición de sanciones–, formular preguntas a los victimarios sobre los hechos específicos de sus respectivos casos o sobre los fenómenos delictivos más amplios, e incluso evaluar en qué medida el reconocimiento de responsabilidad y los aportes a la verdad y la reparación son satisfactorios.

Por otro lado, los perpetradores reconocidos o presuntos están obligados a revelar todo lo que saben sobre los crímenes cometidos durante el conflicto

[2] Véase Jurisdicción Especial para la Paz: https://relatoria.jep.gov.co/.

armado, tanto los cometidos por ellos como por otros. Se espera que se conviertan *en verdaderos sujetos de habla*, en lugar de personas que acuden al proceso simplemente para ser juzgadas y condenadas. De esta forma, víctimas y autores de delitos se dignifican y adquieren protagonismo en el procedimiento. El juez, por su parte, tiene un papel diferente o adicional por desempeñar. Debe propiciar las condiciones para que se produzca el diálogo y orientarlo, para que sea fructífero y no revictimizante. Al hacerlo, el juez ya no opera desde la "altura del tribunal", sino desde un plano en algunos momentos más horizontal, y debe emplear otras estrategias; ya no impone su juicio, sino que trata de persuadir a las partes para que hagan o se abstengan de hacer una cosa u otra. De esto depende el éxito del proceso.

El diálogo en justicia restaurativa debe ser genuino. No debe ser un espacio para golpear al otro con las palabras y lograr propósitos individuales, ni un escenario meramente formal de intercambio de opiniones sin un objetivo sustantivo. Por el contrario, el diálogo debe apuntar al descubrimiento colectivo de la verdad. Esto significa que las partes deben estar dispuestas a exponer honestamente lo que saben, pero también a reconocer que se equivocaron, en todo o en parte, y a cambiar sus percepciones de lo que sucedió. Para ello, deben comenzar por aceptar que los demás son interlocutores válidos, capaces de hacer aportes.

Lograr un diálogo genuino es un reto en sociedades como la nuestra, especialmente en temas tan difíciles, y que son fuente de todo tipo de emociones,como los vinculados al conflicto armado. Debido a la violencia y otras causas, las personas en países como Colombia no dialogan en el sentido antes mencionado, sino que, en el mejor de los casos, simplemente se comunican para convivir. No están dispuestas a cambiar su verdad y, a veces, ni siquiera quieren exponer lo que piensan, ya que temen las consecuencias de una interacción problemática. De ahí que uno de los principales aportes de la JEP sea reposicionar el diálogo como un mecanismo social indispensable para resolver conflictos y asegurar una vida pacífica y armónica.

La JEP ofrece dos tipos de justicia. Por un lado, aplica la justicia retributiva, que está profundamente arraigada en la tradición jurídica occidental. La justicia retributiva consiste principalmente en la imposición de penas de prisión a quienes han delinquido, con la expectativa de que esas sanciones reafirmen la existencia de la ley y su carácter obligatorio, y prevengan la comisión de nuevas faltas. Por otro lado, está la justicia restaurativa, que generalmente se conoce por su aplicación restringida a delitos menores o delincuentes juveniles o como parte de esquemas de justicia comunitaria o étnica.

El procedimiento ante las salas tiene tres vías:

1. La SAI se encarga de estudiar y conceder, si es del caso, amnistías a los exintegrantes de las FARC-EP o sus colaboradores que hayan cometido

delitos amnistiables, esto es, delitos cuya gravedad no es tal que constituyan crímenes internacionales. Si se trata de delitos no amnistiables, debe enviarlos a la SDSJ.

2. La SDSJ tiene competencia sobre los integrantes de la Fuerza Pública y sobre los agentes del Estado y los terceros civiles. En estos dos últimos, solo si se someten voluntariamente. La Sala puede renunciar a la persecución penal en aquellos casos en los que la persona haya cometido delitos no amnistiables. Pero si se trata de una persona que no es máxima responsable y que no ha sido seleccionada para sanción propia por la SRVR, puede ser beneficiada con la renuncia a la persecución penal, que es un tipo de renuncia especial, dada la naturaleza de los delitos y de la persona beneficiada.
3. La Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas se ocupa de investigar los crímenes no amnistiables cometidos en el marco del conflicto armado no internacional. Para ello se vale de un procedimiento dialógico y de la forma de investigación por patrones y macrocasos. La Sala determina quiénes son los máximos responsables y a ellos les imputa los cargos en una decisión que se denomina de determinación de hechos y conductas. Las personas no seleccionadas son remitidas a la SDSJ, que les puede otorgar la renuncia a la persecución penal.

   El ordenamiento transicional establece dos competencias absolutamente claves en el entendimiento del proceso transicional, concebido como un todo: la de selección y la de priorización. La facultad de selección, regulada en la Constitución desde el denominado Marco Jurídico para la Paz (CP, artículo transitorio 66), presupone el compromiso del Estado de investigar con la debida diligencia todos los peores crímenes, es decir, los internacionales de genocidio, lesa humanidad y de guerra cometidos de manera sistemática. Quiere decir que al menos esos delitos serán investigados, aunque también pueden investigarse otros. Pero, y aquí viene la facultad de selección, el Estado se compromete a juzgar y sancionar a quienes hayan tenido una participación determinante en su comisión, sobre la base de que son los máximos responsables. Los máximos responsables de estos graves crímenes deben ser, entonces, obligatoriamente seleccionados para juzgamiento y sanción.

Bajo el esquema de *justicia restaurativa*, la JEP ofrece a los victimarios penas no privativas de libertad si son los máximos responsables de los delitos más graves, y tratamientos judiciales no punitivos –como amnistías o indultos equivalentes– si tienen un grado menor de responsabilidad en esos mismos delitos o son responsables de delitos no graves, a cambio de contribuir a los derechos

de las víctimas y a la reparación del daño. Estos aportes incluyen la dejación de las armas (en el caso de las FARC), la revelación de la verdad sobre los delitos cometidos tanto por el autor como por terceros, el compromiso de abstenerse de reincidir y, para todos los delitos graves, la obligación de reparar daños a través del trabajo o medios equivalentes, en el marco de programas institucionales diseñados para este propósito específico.

En algunos casos, los autores de los delitos se disculpan con las víctimas y estas les ofrecen su perdón. Finalmente, la Sala de Reconocimiento emite una Resolución de Conclusiones y el caso es llevado ante el Tribunal para la Paz para la imposición de sanciones.

Para acceder a la sanción restaurativa, la persona debe reconocer responsabilidad por los delitos y los patrones que se le imputan. Por el contrario, si la persona ha sido considerada como un máximo responsable y no reconoce responsabilidad, se activa la vía adversarial. En esta vía, el caso es enviado a la UIA para que prepare, si lo considera, la acusación ante el Tribunal. Si la UIA decide acusar, se envía el caso a la SAR, en donde tiene lugar un juicio adversarial con reglas similares a las de los juicios ordinarios. Si la persona es hallada culpable, puede enfrentar una pena que va de 15 a 20 años de prisión. Si reconoce responsabilidad en esta etapa, puede recibir una sanción de prisión de 5 a 8 años.

Los resultados obtenidos hasta ahora han sido alentadores. En tiempo récord, la JEP ha logrado esclarecer partes significativas de la verdad antes desconocida relacionada con fenómenos macrocriminales, como los secuestros por parte de las FARC-EP y las ejecuciones extrajudiciales por parte de las Fuerzas Armadas del Estado. Además, ha obtenido el reconocimiento de responsabilidad de casi todos los máximos responsables que ha seleccionado hasta el momento, lo que sin duda es reparatorio para las víctimas. La JEP ha avanzado, en poco tiempo, más allá de lo logrado en muchos años por la justicia penal ordinaria, con la ventaja añadida de que ha alcanzado algún grado inicial de restauración. Víctimas y victimarios se han reunido, llegado a acuerdos e incluso perdonado. En la mayoría de los casos, las víctimas y los perpetradores que participan en el proceso de transición están más cerca de pasar página.

Las sanciones y la reparación

El procedimiento ante la JEP es primordialmente dialógico. Por medio de la amnistía y la renuncia a la persecución penal se busca que las personas responsables de crímenes menos graves tengan un mecanismo liberatorio que les permita reorganizar sus vidas en el menor tiempo posible.

Si la persona es máxima responsable y reconoce su responsabilidad, enfrentará una sanción propia de 5 a 8 años de restricción de su libertad. Si no lo hace, puede ser llevada a juicio y si en el juicio reconoce responsabilidad,

puede recibir una sanción alternativa, que es la privación de su libertad por 5 a 8 años. Si es vencida en juicio, podría recibir una sanción de prisión de 15 a 20 años. Para los partícipes no determinantes existe una sanción de 2 a 5 años de privación de la libertad.

Las personas que son condenadas por los delitos cometidos y aquellas que no han sido seleccionadas como máximos responsables y que reciben la renuncia a la persecución penal por crímenes no amnistiables tienen una obligación de reparar a las víctimas. Para ello, la JEP viene implementando un sistema restaurativo de acuerdo con el cual el Gobierno colombiano debe garantizar la existencia de programas a los que estas personas se puedan integrar para trabajar en la reparación que les corresponde por los crímenes cometidos.

Algunos problemas para la reflexión

Hasta el momento se han presentado, de una manera general, las características de la justicia transicional y del modelo restaurativo de esta que se quiere aplicar en Colombia.

Quiero destacar que el modelo se establece luego de una larga experiencia de intentar enfrentar un pasado de violaciones de los derechos humanos y del derecho humanitario. La perenne excepción del caso colombiano ha hecho que lo excepcional se convierta en lo ordinario y que sea muy difícil distinguir entre los tiempos de supuesta normalidad y anormalidad. El solo hecho de que la justicia transicional lleve ya cerca de 20 años de aplicación y que la JEP tenga una existencia de diez años más, al menos, debe llevar a plantear la pregunta sobre el carácter verdaderamente excepcional de la justicia transicional y si hay algo así como un estado reciente de paz al que aspiramos a regresar. Pero la alternativa también resulta problemática. Si se reconoce que la justicia transicional no es excepcional, sino permanente, y que la normalidad es la guerra, y no la paz, esto conduce a la "transicionalización" de lo ordinario y, con ello, a los riesgos de una degradación permanente del modelo de justicia contenido en la Constitución. No hay que olvidar que la justicia para tiempos difíciles debe desaparecer una vez esos momentos extraordinarios cesan.

Otra forma de entender el problema de la frontera entre lo excepcional y lo ordinario es plantear el diálogo sobre el impacto y la sostenibilidad de la JEP. No es claro si la justicia restaurativa y el proceso dialógico serán apropiados y admisibles, constitucional y moralmente, cuando finalice la transición. Ambas son fórmulas en principio contingentes y respuestas extraordinarias ante la crisis. Es ahí, en la excepcionalidad y la urgencia, donde reside el sentido y fundamento de los dos dispositivos. Pero puede que, más allá de su valor presente, tengan, también, relevancia y utilidad futura. ¿Encontró la JEP, en su aspiración por saldar las cuentas del pasado violento, posibilidades de entender y aplicar un modelo de justicia que podría ser fuente de inspiración para cambios y

evoluciones aplicables a la justicia ordinaria y a otros contextos de resolución de conflictos? ¿Podrá Colombia y el mundo revolucionar los procedimientos judiciales ordinarios y hacerlos cada vez más humanos y restaurativos a partir de la experiencia de esta Jurisdicción? La potencia de la justicia restaurativa y del proceso dialógico definirán cuán exportable y replicable es el trabajo de la JEP.

Volvamos a las razones que brindaron la oportunidad histórica de ensayar una justicia diferente, para entender mejor por qué solo en ese accidente fue posible tal cosa. En el caso colombiano, se aceptó la justicia restaurativa por varias razones: por la dificultad del Estado colombiano para investigar los crímenes de sistema a partir de la metodología del caso a caso; porque la justicia se volvió un tema del conflicto, dado que fue víctima de este y, asimismo, causa de su degradación, a través del derecho penal del enemigo o de una estrategia de *lawfare*; por la desconfianza de los actores armados en la justicia colombiana ordinaria y su propuesta de que el conflicto colombiano fuera juzgado por la comunidad internacional y a partir de una noción distinta y capaz de obtener mayor legitimidad social; porque hubiera sido imposible lograr avanzar en la salida negociada al conflicto si los firmantes de la paz corrían el riesgo de ser sentenciados e ir a prisión y no poder participar en política; porque era previsible que el Estado no iba a poder satisfacer los derechos de las víctimas sin el reconocimiento de verdad y responsabilidades de los victimarios ni sin su contribución masiva a la reparación, para lo cual no había ningún incentivo en la justicia penal ordinaria; y porque la gravedad de los crímenes internacionales que iría a juzgar la JEP superaba a tal punto los alcances de la justicia ordinaria, que ningún castigo carcelario sería proporcional al daño generado.

Lo anterior muestra que la justicia restaurativa es, en esencia, una justicia para tiempos de transición. Si no hubiera sido por el conflicto armado y los devastadores efectos que tuvo en la justicia, no habría sido necesario apartarse de la tradición ni buscar un fin restaurativo a la pena. Con ello se establecen dos dimensiones, de las que quiero ocuparme:

1. *Dimensión diacrónica*. Los "tiempos difíciles" que ocupa la JEP como cabeza de la justicia transicional de carácter restaurativo están confinados a un término temporal de 15 años, dentro de los cuales se ocupa de la investigación y sanción de los crímenes de guerra y otros crímenes referidos a ella cometidos antes del 1º de diciembre de 2016. Al cabo de los 15 años no hay un retorno a la justicia penal ordinaria, puesto que ella en su ámbito ha operado y seguirá haciéndolo sin solución de continuidad. Lo que se ha sustraído de la justicia ordinaria es el examen y la decisión sobre *un pasado específico de violaciones* que son las ocurridas en el conflicto hasta el 1º de diciembre de 2016. Este pasado es el que se somete a la justicia transicional y al conjunto de herramientas y métodos que en aspectos medulares divergen de los propios de la justicia penal

ordinaria de corte más retributivo. Al término de los 15 años, se retorna a la justicia penal ordinaria básicamente retributiva, en el sentido de la no coexistencia de la justicia restaurativa aplicada a la porción de pasado criminal sobre el cual se contrae el encargo confiado a la JEP y que, como tal, se sustrajo de la competencia de la justicia penal ordinaria.

Es necesario reiterar que la justicia penal ordinaria es aquella que se fundamenta en el principio de presunción de inocencia, se impone de manera no dialógica, contempla penas de cárcel y exige una dialéctica adversarial que protagonizan la parte que acusa y la parte que se defiende. Su metodología de funcionamiento reside en examinar caso por caso y la búsqueda de la verdad procesal resulta estrictamente mediada por la garantía del debido proceso. La función preventiva de la justicia penal ordinaria es escasa, pero su ejercicio es una prueba social de la existencia y efectividad del derecho, del Estado y del monopolio legítimo de la fuerza tanto en la sociedad como en el territorio. La justicia penal ordinaria es el sustituto funcional y simbólico de la ejecución de la pena en la plaza pública, como prueba de la existencia de una instancia superior soberana, garante del orden y monopolizadora del uso legítimo de la fuerza.

El punto temporal inicial y el punto temporal final de la justicia transicional de carácter restaurativo (JEP), es decir, su dimensión diacrónica, marca una temporalidad en la cual el Estado aplica simultáneamente dos formas o metodologías de justicia en sus respectivos ámbitos, que se contemplan una a la otra. Esto lleva a plantear cuestiones como el alcance y la modulación de los derechos fundamentales en los trámites, resultados, beneficios y sanciones transicionales, todo lo cual ha ocupado a fondo a la Corte Constitucional colombiana. Si, en efecto, se restringen en algún grado los derechos o se modulan durante el momento transicional, ¿cómo es posible refundar el Estado de derecho sobre esa base?

También es preciso tener en cuenta que la justicia transicional parte, para sus investigaciones, del trabajo de la justicia ordinaria, pero lo transforma porque lo toma como insumo y presupuesto para la investigación de los patrones. En consecuencia, el caso a caso ordinario permite construir el sistema de criminalidad. Pero, una vez cese la justicia transicional, ¿se regresa al caso a caso o se mantiene como un sistema de investigación válido para establecer los crímenes de organizaciones criminales que tengan un "parecido de familia" con el pasado delictivo del que se ocupó la JEP? En cuanto a su efecto preventivo, ¿la sanción transicional expresa el poder del soberano o el de la comunidad integradora? El fin de la pena es la retribución, la prevención general y la prevención especial; entonces, ¿cómo se logran esos fines en el marco de un modelo de justicia transicional?

2. *Dimensión sincrónica.* Dentro del modelo de justicia transicional adoptado en Colombia (JT), reflejado en los mecanismos de la JEP, se reproduce y anticipa el retorno a la normalidad, en un plano sincrónico (o sea dentro del *momento transicional*, que está dado por el plazo legal de funcionamiento de la excepcionalidad del régimen transicional). Lo anterior, sin embargo, bajo la forma de paso interno del trámite dialógico que lleva a sanciones restaurativas al trámite adversarial que conduce a penas de cárcel (máxima pena: 20 años). Internamente, dentro de la JEP, el paso de lo dialógico a lo adversarial y mayormente retributivo (más semejante a la justicia ordinaria), es un incentivo negativo, pues, en ese caso, el máximo responsable identificado arriesga terminar sometido a una pena de cárcel. Guardadas las diferencias, puede afirmarse que dentro del "momento transicional" coexiste el modo de justicia transicional con el modo de justicia ordinaria retributiva, pero no uno junto a otro, sino uno después del otro y como una forma de reproducir, anticipar y condicionar el retorno a la normalidad donde ya no se predicará más la coexistencia de modelos de justicia y solo se dará el propio de la justicia ordinaria.

   ¿Hay un momento en el que las dos líneas convergen, la que representa la JEP y aquella que representa la justicia ordinaria? Claramente, en el tiempo del momento transicional no convergen. Por el contrario, la sucesión en el tiempo de los dos modos de justicia presupone el agotamiento interno de uno de ellos. Se trata de una diferencia de modos de justicia. Si en el momento transicional termina por prevalecer la ruta no adversarial, lo que hasta el momento parece lo más factible, de consolidarse, puede indicar que, como "legado de la JEP" la justicia ordinaria y su sistema normativo en general no tardarán en ser impregnados por los principios filosóficos de la justicia restaurativa, reduciendo la anotada *diferencia* o conjugándola de otra forma.

   Lo que se lleva a cabo en el momento transicional es una experimentación en un laboratorio vivo de lo que puede ser una tendencia del porvenir. No sobra por ello recalcar que las sanciones restaurativas se construyen sobre la base del diálogo entre las partes dentro del proceso transicional. Pero aquí se verifica un choque de razones: por una parte, los sujetos que se someten ante la JEP tienen un interés en no ir a la cárcel y en que sus crímenes tengan las sanciones más bajas posibles. Por la otra, el Estado tiene un interés en sancionar y en que haya verdad y reconocimiento de responsabilidad. Estos usos instrumentales de la razón están en la base de su uso dialógico.

   No son conversaciones en un mundo libre de coerciones y de intereses, pero, pese a ello, fundan un diálogo en un horizonte de comprensión

propio de una razón comunicativa. ¿Será esa razón comunicativa judicial, por ahora vigente en la justicia transicional, la que de otra manera termine por incorporarse poco a poco en la justicia ordinaria? ¿La reducción de esa *diferencia* de modos de justicia trasciende las exigencias históricas y concretas del proceso de paz en Colombia y puede, por tanto, llegar a tener una validez más universal?

Dispositivo de reducción de la complejidad

La dificultad en el campo de la justicia, terminado el conflicto Estado-FARC, consistía básicamente en lo siguiente: 1) Inventario excesivo de causas penales abiertas y por abrir, luego de 50 años de conflicto armado. 2) Rechazo de las FARC a someterse a un tribunal del Estado, preexistente al acuerdo de paz y necesidad de que un nuevo tribunal creado por las dos partes del conflicto juzgara tanto a guerrilleros como a militares. 3) Impacto ampliado del daño personal y cultural derivado del conflicto que afectó a más de 9 millones de víctimas.

Para resolver estas dificultades y dilemas, la justicia transicional se concibió como la portadora de la fórmula reductora de la complejidad, la cual se entiende a partir de las siguientes premisas o presupuestos: 1) A la JEP se le asigna la tarea de dictar sentencias contra máximos responsables (primero a través de la vía no adversarial y, en su defecto, por la vía adversarial) y de definir sin sentencias condenatorias penales la situación del grueso de los combatientes y terceros responsables aplicando mecanismos distintos (amnistías y renuncia a la acción penal); 2) los beneficios que otorga la JEP y el régimen más benigno que aplica se compensan y condicionan por los deberes y las cargas de revelación de verdad que se imponen a los beneficiarios (régimen de condicionalidad); 3) las víctimas conocen la verdad a través de las sentencias y de su participación en los trámites de la JEP y, además, se benefician de los deberes de reparación asociados a las sanciones y al régimen de condicionalidad; 4) La JEP limita las sentencias a los máximos responsables y, para ello, determina los patrones de criminalidad y precisa los contextos dentro de los cuales se llevaron a cabo las conductas y la generación de daños, haciendo uso de las herramientas de selección y priorización, así como de la construcción de macrocasos (en los que se subsumen incluso las investigaciones y los procesos abiertos por la justicia ordinaria antes de que entrara la JEP en funcionamiento).

Hasta aquí se ha explicado el dispositivo de reducción de la complejidad que apareja la fórmula transicional. Es importante estudiar ahora las implicaciones y los fundamentos de esta, así como determinar si es el mejor medio para cumplir con sus objetivos. Si la función del reductor de complejidad se limitase a la de aportar una solución a la sobrecarga eventual de la función penal ordinaria, el retorno a la normalidad habría estado representado por un ahorro de esfuerzo judicial ordinario y, por ende, se habría circunscrito a la eliminación

puntual de una tarea institucional que, de otra manera, la habría debido cumplir y ejecutar la justicia ordinaria. Se habría reducido simplemente el trabajo de la justicia ordinaria, puesto que su tarea habría sido cumplida por la JEP.

Para esto último, la fórmula habría sido juzgar a pocos y definir la situación jurídica de muchos, o sea reducir el número de justiciables. Por lo visto, no se trató simplemente de resolver una eventual sobrecarga de la justicia penal ordinaria. Lo que en realidad sí tiene carácter de excepción es el método de la justicia penal dialogada que, sobre todo en la primera fase del trámite, se aplica por parte de la JEP y que concluye con sanciones restaurativas para pocos –máximos responsables– y renuncia a la acción penal o figuras semejantes para muchos. La renuncia de no intentar otra vez tomar el poder político por la vía de las armas (paz), comportó una justicia transicional que contempla la renuncia de la acción penal para muchos y la sanción restaurativa para pocos sin tener este carácter carcelario.

Por eso, cabe preguntar ¿cuáles deben ser los atributos y las características tanto de los procedimientos ante la JEP como de sus resultados (sentencias y otras decisiones), para que el dispositivo de reducción de complejidad no se limite a cumplir la aspiración pactada de las FARC y de los militares y terceros, sino que alcance a satisfacer en un grado razonable los derechos de las víctimas y las exigencias de la justicia? Las sentencias restaurativas sobre "pocos" por cubrir todos los patrones y contextos, pero sin poder concretarse en las circunstancias de cada uno de los delitos, tendrán la función de narrativa omnicomprensiva del conflicto y de los 50 años de guerra pero, por lo mismo, no podrán detenerse en cada crimen cometido y en cada víctima afectada. En estas condiciones, ¿el valor simbólico de estas sentencias, principal producto de la JEP, puede ser suficiente para satisfacer el derecho a la verdad y a la reparación de las víctimas? ¿El gran relato judicial puede justificar la solución transicional?

Pasar de una situación de conflicto armado y de la pretensión de un grupo de tomar el poder por la fuerza a una situación en la que ello no vuelva a repetirse, consolidándose así la centralidad de la democracia, requiere que la justicia transicional ofrezca una solución de justicia a quienes se alzaron en armas y que no signifique cárcel para poder pasar de las armas a la política. ¿Los perpetradores de crímenes de guerra deben participar en la vida política solo después de concluir el trámite judicial en la JEP y luego de cumplir las sanciones restaurativas?

La primera fase en los trámites judiciales en la JEP es dialógica y requiere la activa participación de víctimas y perpetradores para descubrir la verdad y determinar los rasgos de las sanciones restaurativas. Los perpetradores que reconocen verdad y responsabilidad son candidatos naturales para recibir sanciones restaurativas (no carcelarias). La verdad aportada por los perpetradores se contrasta con la que aportan las víctimas, y con el conocimiento alcanzado

en las investigaciones y los juzgamientos realizados en el pasado respecto de esas mismas personas por la justicia ordinaria. Se destaca, como presupuesto del modelo no adversarial, la importancia de la autoincriminación contrastada y, al mismo tiempo, la necesidad de que esta se torne dominante en el trámite no adversarial. ¿Puede la JTC convertirse en paradigma de una forma de investigación y juzgamiento y ser sostenible como tal, pese a su dependencia de la voluntad de los presuntos autores de crímenes de delatarse a sí mismos?

Como ya se alcanza a vislumbrar, la justicia restaurativa es posible solo en circunstancias muy especiales, que eventualmente habría que replicar una vez superada la transición. Primero, la justicia penal ordinaria se basa en el uso estratégico del silencio. Al procesado le conviene que lo sucedido no se sepa, es decir, le sirve no hablar. Debido a esto, no hay mayor interacción entre víctimas y victimarios. Por el contrario, la justicia restaurativa transicional se basa en la comunicación y el diálogo, esto es, en la palabra y la apertura total. Hay dos razones que se encuentran y dialogan en una búsqueda común de la verdad. Para poder dejar que la verdad emerja, es preciso que se reduzca la complejidad a través de mecanismos de sistematización del universo de información procedente de la justicia ordinaria. Esto se logra con la investigación de los crímenes de sistema y con la selección de los máximos responsables. Pero ¿es esta una estrategia efímera, o tiene una vocación de permanencia y de replicabilidad en la justicia ordinaria?

De otro lado, para que el diálogo tenga éxito, las partes deben estar dispuestas a aceptar la verdad ofrecida por los demás, si se apoya en hechos y es realmente convincente. Eso no es fácil. Primero hay que lograr que todas las partes estén dispuestas a adoptar los resultados del proceso judicial. Es decir, que acepten, desde el inicio, que pueden estar equivocadas en sus convicciones y que el recuento que hacen de lo sucedido está incompleto. Luego, hay que lograr que víctimas y victimarias acepten verse, hablar y construir juntas, bajo la guía del juez. Eso supone un manejo muy delicado de las emociones y mucho coraje. El diálogo genuino no es, además, común en Colombia. En cambio, se suele callar por miedo a las represalias. El conflicto ha tenido un efecto silenciador y ha generado un alto nivel de desconfianza.

Reparación y justicia prospectiva

Los programas masivos de reparación presuponen la habilidad del juez para activar las competencias de otras entidades públicas, en especial de la rama ejecutiva. También dan por sentado que el Estado es articulado y eficiente, y capaz de cumplir con órdenes complejas, como las de proveer programas institucionales para la reparación y para erradicar las causas del conflicto. Ese no ha sido el caso de Colombia. La formación de los abogados suele ser en Derecho solamente, y en las cortes judiciales no hay cupos para profesionales de otras áreas.

Finalmente, cabe referirse al desafío epistémico

El desafío que subyace al modelo de justicia transicional se inaugura con la necesidad de que, en la JEP, como órgano central de justicia, se concentre toda la información sobre el conflicto armado y las conductas desviadas que adoptaron sus partes y afectaron a miles de víctimas. Esa información comprende el conocimiento judicial y lo excede. Las normas dispusieron que hacia la JEP convergieran toda suerte de archivos, expedientes, informes, sentencias, investigaciones, versiones de responsables y de víctimas y, en general, que por ella misma se pudieran decretar las pruebas y se articulara todo este conjunto de elementos.

La técnica de los macrocasos, tan pronto entró a operar, traduce en parte este trabajo colosal de la JEP. Llegar a ser potencia epistémica de carácter judicial es la única manera de asegurar no resultar vencida por el mayor saber que pueda estar en cabeza de los perpetradores, y que estos usen como herramienta de juego estratégico para extraer la mayor utilidad de cada uno de los mecanismos de justicia transicional. La capacidad de cruce de información y de contrastación ha aumentado geométricamente, lo que le ha permitido incrementar su poder de imputación y, al mismo tiempo, al adquirir información global y particularizada, poder enfrentar mejor los juegos de reticencia de los perpetradores. En el campo de los delitos de sistema, será siempre necesario construir capacidades epistémicas mayores. ¿Podrá hacer esto en el futuro la justicia ordinaria, teniendo en cuenta que cada juez opera de forma independiente, recauda información relacionada con el caso individual de su conocimiento y no la comparte con los demás y, sobre todo, en el marco adversarial depende de las estrategias de revelación de las partes enfrentadas?

¿Cuál será, en últimas, el legado de la JEP? ¿La reducción de la complejidad por medio del uso de la palabra? ¿La concentración en los máximos responsables? ¿El olvido de lo pequeño y la concentración en lo grande y sistemático? ¿La renuncia al uso de sanciones retributivas, como la pena de prisión? ¿Devolverle a la justicia su legitimidad y respaldo social? Es cierto que la justicia ordinaria incluye algunos modelos de justicia restaurativa, pero este modelo está en función de los fines punitivos del sistema penal ordinario. Si falla, en todo caso queda la sanción retributiva. Por el contrario, en el modelo de justicia restaurativa de la JEP están disponibles las justicias retributiva y restaurativa, pero son excluyentes. Al mismo caso solo le es aplicable una de ellas, por lo cual, bajo la ruta restaurativa, el éxito del sistema depende del cumplimiento de los fines propios de esa alternativa. Todo el aparato del Estado debe tomarse en serio los derechos de las víctimas y la necesidad de reparar los lazos rotos de la comunidad y (re)construir un entorno de ejercicio pleno de los derechos. Ese es tal vez el más importante legado de la justicia transicional.

7

Breves apuntes sobre la interacción entre la Justicia Especial Indígena y la Jurisdicción Especial para la Paz*

‹**JUAN JOSÉ CANTILLO PUSHAINA**› Magistrado de la Sala de Amnistía o Indulto
‹**ANDREA LOZANO ALMARIO**› Magistrada auxiliar de la Sección de Apelación

Resumen: Los autores presentan sus reflexiones respecto de los mecanismos de articulación, coordinación e interacción que la JEP ha implementado con la Jurisdicción Especial Indígena y su impacto tanto en el trabajo de priorización que adelanta esta Jurisdicción, de manera particular, como en la construcción de una sociedad plural y participativa, de manera general. En el marco de esas reflexiones, los autores muestran los avances que han tenido lugar en estos últimos meses y los retos que se deben asumir para la materialización efectiva del principio de integración jurisdiccional.

Palabras clave: integración jurisdiccional; diálogo interjurisdiccional; diálogo intercultural; pueblos o naciones indígenas; pluralismo jurídico; enfoque étnico.

Abstract: Authors present their reflections on the articulation, coordination, and interaction mechanisms that the SJP has implemented with the Special Indigenous Jurisdiction and how these mechanisms have impacted both the prioritization work carried out by this Jurisdiction in particular and the construction of a plural and participatory society in general. As part of these reflections, the authors present the progress made in this regard in recent months, and also the challenges that must be met for the effective materialization of the principle of jurisdictional integration.

Keywords: Jurisdictional integration; inter-jurisdictional dialogue; intercultural dialogue; indigenous people; legal pluralism; ethnic approach.

* El presente texto tiene como sustento el artículo de los dos autores "Brief notes on the interaction between Indigenous justice and the Special Jurisdiction for Peace in Colombia", *International Journal of Restorative Justice*, v. 6, n.º 2, 2023.

Introducción

En general, la participación de los pueblos indígenas en los sistemas de justicia tradicional y transicional ofrece un panorama contrastado. En Colombia, este panorama se vio enriquecido en los últimos años por los considerables logros alcanzados como resultado del Acuerdo Final de Paz (AFP).[1] Es innegable que la implementación del AFP y la evolución progresiva del Sistema Integral para la Paz (SIP), como pocos instrumentos en su antesala, mejoraron la comprensión y la aplicación de lo que se conoce como el pluralismo jurídico[2] del Estado y contribuyeron no solo al desarrollo de ese concepto, sino también a su incorporación dentro de la sociedad colombiana.

Al respecto, en el desarrollo del marco normativo y reglamentario de la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP), así como de sus intervenciones territoriales, se han planteado e intentado resolver importantes retos de articulación intercultural o interjurisdiccional con los pueblos o naciones indígenas. En efecto, el enfoque étnico-racial, reconocido inicialmente en el AFP y, posteriormente, en toda la normativa que lo desarrolla, exige que, en todas las actuaciones de esta justicia especial que así lo requieran, sean tenidas en cuenta, entre otras, las particularidades de los pueblos o naciones indígenas.[3]

En este sentido, la JEP, como un sistema de justicia transicional único en el mundo, ha buscado generar escenarios para la participación exhaustiva de los pueblos y comunidades étnicas, y para el establecimiento de un diálogo permanente y entre iguales con las autoridades de los pueblos indígenas. Lo anterior,

---

1 El AFP reconoce que el impacto de las violaciones graves del derecho internacional humanitario (DIH) y de los derechos humanos es mayor cuando se trata de víctimas pertenecientes a los grupos más vulnerables, incluidos los pueblos indígenas.

2 El pluralismo jurídico, en el que "dos o más sistemas jurídicos coexisten en el mismo ámbito social", es la característica dominante de la mayoría de los ordenamientos jurídicos de todo el mundo. (Geoffrey Swenson, "Legal Pluralism in Theory and Practice", *International Studies Review*, nº 20, 2018). Aunque el pluralismo jurídico puede entenderse según la definición anterior, este trabajo, al ser un breve comentario sobre las interacciones entre ordenamientos, no desarrollará las dificultades teóricas que han surgido respecto de este concepto.

3 El inciso segundo del artículo 18 de la Ley 1957 de 2019 (Ley Estatutaria de la Administración de Justicia en la JEP) establece que, según el enfoque diferenciado, "las actuaciones de la JEP en lo que tiene que ver con los pueblos y las comunidades indígenas, negras, afrocolombianas, raizales, palanqueras y Rrom y sus miembros individualmente considerados, tendrán un enfoque étnico, lo cual implica identificar el impacto diferenciado del conflicto armado sobre estos pueblos y comunidades étnicas, y el ejercicio de sus derechos fundamentales y colectivos, de conformidad con la jurisprudencia constitucional, el Convenio 169 de la OIT, el Convenio Internacional para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, y demás normatividad aplicable" (Congreso de Colombia, Ley 1957 de 2019, *Diario Oficial* 50.976 de 6 de junio de 2019). De igual forma, el Decreto Ley 4633 de 2011 reconoció que la población indígena se constituye en un interviniente especial, debido al daño sufrido no solo de manera individual, sino colectiva (Presidencia de la República, *Diario Oficial* 48.278 de 9 de diciembre de 2011).

con el objetivo de materializar el enfoque étnico y salvaguardar el principio de interacción jurisdiccional que rige esta Jurisdicción.[4]

Sin embargo, aunque este panorama parece alentador, hoy es necesario superar el falso concepto de una "duplicidad" entre la justicia transicional y la Jurisdicción Especial Indígena (JEI) que podría obstaculizar las interacciones entre ambas. Es precisamente la particularidad de este debate lo que se abordará brevemente en las siguientes líneas.

A la luz de lo anterior, se compartirán algunas reflexiones sobre los avances en las interacciones entre la justicia indígena y la JEP, así como los posibles retos pendientes.

Una comprensión plural de la justicia

En el contexto clásico en el que se entienden y desarrollan los instrumentos legales que existen en el Estado,[5] el derecho que emana de los pueblos indígenas, que no ha sido, no está, ni será reglamentado en la acepción clásica de la codificación normativa, debe ser entendido y adaptado a través de ejercicios de interacción permanente entre sistemas, ejercicios que implican, en primer lugar, el reconocimiento mutuo de esos sistemas y el desvanecimiento de los límites tradicionales del derecho predominante establecido por el Estado.

En ese marco, el concepto de pluralismo jurídico ilustra un compromiso de diálogo intercultural y permite redefinir el papel del Estado, ya no como el único actor legítimo para establecer normas y reglas, sino como una parte esencial de un engranaje mayor que abarca, necesariamente, el reconocimiento de los sistemas normativos propios de los pueblos indígenas como sujetos colectivos,

---

[4] De acuerdo con el artículo 3 de la Ley 1957 de 2019, cit., el principio de integración jurisdiccional hace referencia a que "el componente de justicia del SIVJRNR respetará el ejercicio de las funciones jurisdiccionales de las autoridades tradicionales indígenas dentro de su ámbito territorial, de conformidad con los estándares nacionales e internacionales. vigentes, en cuanto no se opongan a lo previsto en el Acto Legislativo 01de 2017, la Ley Estatutaria de la JEP y las normas que la desarrollen, la Ley 1820 de 2016 y las normas que la desarrollen. En el marco de sus competencias, la JEP tendrá en cuenta la realidad histórica de la diversidad étnico-cultural. En todo caso, la Jurisdicción Especial para la Paz será prevalente únicamente en los asuntos de su competencia".

[5] Por ejemplo, el artículo 246 de la Constitución Política establece que "las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República. La ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional". A su vez, el inciso primero del artículo 35 de la Ley 1957 de 2019, cit., señala: "El Estado consultará con los pueblos indígenas los mecanismos de articulación y coordinación con la Jurisdicción Especial Indígena incluyendo la forma y la oportunidad en que las decisiones adoptadas o por adoptar por sus respectivas jurisdicciones, respecto de conductas objeto de la JEP, pasarán a ser competencia del mismo. Lo anterior salvo una decisión previa y expresa de aceptación de la competencia de la JEP. En todo caso, respecto a los conflictos de competencias que surjan entre la JEP y las distintas jurisdicciones indígenas, resultará de aplicación lo establecido en el numeral 11 del artículo 241 de la Constitución".

sus instituciones y autoridades.[6] Precisamente, y aunque ha sido poco reconocido, mucho antes de la elaboración del marco normativo del SIP, los representantes de los pueblos o naciones indígenas de Colombia habían desarrollado varios principios que aún hoy aplican en el marco de sus relaciones comunitarias y en los que ahora, es posible afirmar, se fundamenta en gran parte el trabajo de la JEP y los principios básicos que la rigen.

De este modo, es claro que el derecho de los pueblos indígenas contribuye, directa e indirectamente, al perfeccionamiento de las herramientas de esta Jurisdicción. A modo de ejemplo, el sistema normativo wayúu contiene principios fundamentales "que regulan o guían la conducta social y espiritual de los miembros del pueblo Wayúu".[7] Estos se concretan, entre otros, en la Palabra (*Pütchikalü*) como herramienta primordial para la resolución de conflictos y la búsqueda de compromisos; la Verdad (*Shiimain*), basada en el reconocimiento de un error cometido; la Reparación y Compensación (*Ojutawaa*); la No Repetición (*Anou'tawaa*), que restablece el orden social y espiritual; y la Reconciliación (*Anajirawaa*).[8]

Son esos los principios rectores establecidos en el AFP y en la normativa que lo desarrolla. Tanto es así, que el AFP reconoce que los pueblos étnicos han contribuido a la construcción de una paz estable y duradera, han sufrido condiciones históricas de injusticia, han sido gravemente afectados por el conflicto armado y, por lo tanto, se deben promover las máximas garantías para el ejercicio de sus derechos humanos colectivos e individuales, en el marco de sus propias aspiraciones, intereses y cosmovisiones.[9] Por lo tanto, "en términos de

---

[6] Pueden identificarse varios tipos de interacción, cada uno de los cuales presenta múltiples variantes. En el pluralismo jurídico se trata de acciones cruzadas, convergentes u opuestas. Procederán por reajuste, revisión, repetición e incluso emulación. El punto común de todas estas interacciones es una consolidación mutua de los dos enfoques, aunque a veces entren en colisión. De esta manera, la justicia transicional y la justicia especial indígena se influirán mutuamente y desarrollarán conjuntamente Estados plurales. Así pues, el ordenamiento jurídico colombiano, como sistema normativo plural, está compuesto por dos subsistemas que se encuentran en un plano horizontal de igualdad: el sistema normativo estatal en sentido estricto, de creación del Estado, principalmente a través del Congreso; y el de reconocimiento de los sistemas normativos propios de los pueblos indígenas como sujetos colectivos, sus instituciones y autoridades, existentes originariamente, incluso anteriores a la misma creación del Estado, pero que se integran al derecho estatal plurinacional-pluricultural de forma obligatoria y vinculante para todas las autoridades de la República. Al respecto, ver Juan José Cantillo Pushaina, *Diálogos entre la Jurisdicción Especial para la Paz y la Jurisdicción Especial Indígena en Colombia. Una referencia específica al sistema normativo wayúu*, Bogotá, Konrad Adenauer Stiftung, 2022.

[7] Junta Mayor Autónoma de Palabreros, *El palabrero como restaurador de paz. Pastor del respeto, Ouutkajawaa Molousükalü Pütchiü´üi: Colombia-Venezuela*, Bogotá, Ministerio de Cultura de Colombia, 2013, p. 10.

[8] Juan José Cantillo Pushaina, "Dialogues entre la Juridiction spéciale pour la paix en la Juridiction spéciale autochtone en Colombie. Une référence spécifique au système normatif Wayuu", en *Annuaire de Justice Transitionnelle*, Collection Transition et Justice, Paris, IFJD, 2020.

[9] Gustavo Cote Barco y Lorena Vega Dueñas, "El crimen de genocidio y el enfoque étnico en la Jurisdicción Especial para la Paz: reflexiones para la calificación jurídica en casos de violencia

justicia transicional, la justicia estatal debe ser capaz de aprender las formas de concebir el daño y la reparación que los pueblos étnicos han manejado durante siglos",[10] y ese entendimiento debe sustentarse, obligatoriamente, en la interacción con sus sistemas de justicia propia.

La creación de herramientas novedosas para un diálogo fructífero entre sistemas

Un refuerzo armonioso y mutuo de los sistemas normativos requiere que el Estado lidere una incorporación de las lecciones aprendidas de la Justicia Especial Indígena en los mecanismos de justicia estatales, sobre todo, a través de la creación de herramientas de diálogo específicas.

El análisis de los instrumentos proporcionados por la JEI revela que aún deben abordarse ciertas preocupaciones relativas a un enfoque pluralista para aumentar la confianza y la legitimidad de los pueblos étnicos. Una de estas preocupaciones está relacionada con una supuesta "duplicidad", según la cual, la interacción permanente de los tribunales especiales podría ralentizar la dinámica de la JEP e imponerle una carga excesiva que no podría cumplir, al ser una jurisdicción no permanente que debe finalizar sus objetivos en un plazo limitado.[11]

Para superar este riesgo, la JEP ha logrado avances notables con potencial de ser ampliados y reforzados, por ejemplo, a través de la institucionalización de herramientas de participación para los pueblos indígenas dentro de los ejercicios de articulación y coordinación definidos por la estructura general del SIP. Al respecto, se insiste, el artículo 18 de la Ley 1957 de 2019 establece que todas las acciones de la JEP deben tener un enfoque étnico, lo que implica reconocer el impacto diferenciado del conflicto armado en estos pueblos y comunidades étnicas, y el ejercicio de sus derechos fundamentales colectivos e individuales.

Por tanto, la implementación efectiva de herramientas novedosas y el empoderamiento efectivo de los actores estatales tradicionales, así como de las comunidades locales y ancestrales, son necesarios para lograr una paz verdaderamente duradera para todos los grupos sociales y territorios colombianos. La JEP, como una instancia legítima para contribuir con este esfuerzo, máxime cuando lo que busca es satisfacer el derecho de la sociedad a la verdad, a la justicia y a la no repetición, ha buscado incorporar la perspectiva, lógica y cosmovisión de los pueblos indígenas en múltiples escenarios, los cuales se muestran en la tabla 1.

---

contra pueblos indígenas", *Policy Brief*, n.° 9, Bogotá, Instituto Colombo-Alemán para la Paz (Capaz), 2021.

[10] Boaventura de Sousa Santos, "Para una articulación descolonizadora entre la justicia estatal y la justicia propia", *Policy Brief*, n.° 5, Bogotá, Instituto Colombo-Alemán para la Paz (Capaz), 2020.

[11] En efecto, el término de actuación de la JEP no podrá exceder los 20 años. (Corte Constitucional, Sentencia C-674 de 2017, párrafo 6.4.5).

TABLA 1. INSTRUMENTOS	
Acuerdo ASP 001 de 2020[12]	Crea la Comisión Étnica como instancia permanente encargada de promover la efectiva incorporación e implementación del enfoque étnico.[13]
Protocolo 001 de 2019[14]	Coordina y dispone la articulación interjurisdiccional y el diálogo intercultural entre la JEI y la JEP, cuyo objetivo principal es garantizar la colaboración entre estos sistemas judiciales, respetando su autonomía y sin desconocer la capacidad de los pueblos indígenas para tomar decisiones en su ámbito territorial y de acuerdo con sus usos, costumbres y derecho propio.[15]
Protocolo de comunicación de la Unidad de Investigación y Acusación (UIA) con las víctimas, 2019[16]	Establece y desarrolla la obligación de la JEP y, en particular, de la UIA, de realizar una investigación integral con enfoque étnico que requiere visibilizar las características identitarias y las expresiones culturales de los grupos étnicos como sujetos colectivos, considerando los tipos de discriminación y victimización que han sufrido a lo largo del tiempo, y reconociendo no solo las formas de exclusión y discriminación, sino también, y sobre todo, sus medios de resistencia, sanación y relacionamiento.[17] Solo así es posible caracterizar los daños e impactos directos y conexos para reconocer la magnitud del daño infligido al pueblo y a sus miembros, vida, cultura, espiritualidad, medio ambiente y territorio.[18]

Fuente: Elaboración propia.

Mención aparte merece la apertura de los macrocasos 02[19] y 05[20] con un enfoque territorial deliberado y centrado en la investigación de los delitos

[12] Por el cual se adopta el Reglamento General de la Jurisdicción Especial para la Paz.

[13] Por la cual se consagran los mecanismos de articulación y coordinación entre la JEP y la JEI por mandato del artículo 35 de la Ley 1957 de 2019 en cumplimiento del artículo 246 de la Constitución Política de Colombia. Estos mecanismos fueron concertados en consulta previa con los pueblos y las comunidades étnicas.

[14] Para la coordinación, articulación interjurisdiccional y diálogo intercultural entre la Jurisdicción Especial Indígena y la Jurisdicción Especial para la Paz.

[15] Este protocolo es uno de los productos de la consulta previa acordados con los pueblos indígenas.

[16] JEP, *Protocolo de comunicación de la Unidad de Investigación y Acusación con las víctimas*, Bogotá, JEP, 2019, p. 26.

[17] JEP, *Manual para la participación de las víctimas ante la Jurisdicción Especial para la Paz*, Bogotá, JEP, 2020, p. 282.

[18] JEP, *Protocolo 001 de 2019 adoptado por la Comisión Étnica de la Jurisdicción Especial para la Paz para la coordinación, articulación interjurisdiccional y diálogo intercultural entre la Jurisdicción Especial Indígena y la Jurisdicción Especial para la Paz*, 2019, p. 15.

[19] Caso 02: Prioriza la situación territorial de Ricaurte, Tumaco y Barbacoas (Nariño). De esta manera, por primera vez, dos autoridades étnicas fueron acreditadas como intervinientes especiales ante la JEP con la facultad de defender el orden jurídico de su pueblo (Awá) y representar un territorio ancestral (Katsa Su) que fue reconocido como víctima.

[20] Caso 05: Prioriza la situación territorial en la región del norte del Cauca y sur del Valle del Cauca. En marzo de 2023, la JEP acusó a 14 exmiembros de las FARC-EP de 14 crímenes de guerra y de lesa humanidad, que además implicaron ataques que afectaron sistemáticamente el derecho a la identidad cultural de los pueblos indígenas ancestrales y afrocolombianos priorizados en este caso.

cometidos contra los pueblos indígenas y, sobre todo, del Macrocaso 09 con un enfoque en los delitos contra los pueblos étnicos y los territorios,[21] asuntos que requieren un ejercicio constante de articulación, aprendizaje y reconocimiento entre sistemas. En este sentido, la identificación de los crímenes más graves y representativos cometidos contra los pueblos indígenas en el marco del conflicto armado por parte de la JEP implica también el reconocimiento de los impactos específicos de estos crímenes sobre los pueblos étnicos y el ejercicio de sus derechos fundamentales como sujetos colectivos de derecho, así como el nexo con el riesgo de exterminio físico y cultural.[22]

De ahí que, mediante Auto 105 de 7 de septiembre de 2022, la Sala de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad (SRVR) decidiera la apertura del Macrocaso 09 y, a su vez, decidiera concentrar[23] la investigación inicial en cuatro territorios: i) Sierra Nevada de Santa Marta y zonas de influencia (alta y media Guajira); ii) Buenaventura, Dagua y Pacífico Medio; iii) Amazonía y Orinoquía; iv) Chocó. Esta decisión de concentración obedece a los análisis cuantitativos elaborados por el Grupo de Análisis de Información (GRAI) de la JEP[24] "sobre las 14 regiones con mayor intensidad de confrontación armada en Colombia entre 1990 y 2016",[25] según el cual, "se encontraron coincidencias con espacios y territorios donde históricamente habitan los pueblos étnicos".[26]

Sin embargo, se trata de un ejercicio preliminar de focalización de territorios en la etapa de concentración, lo que no equivale a su priorización. Al respecto, según el Auto 105 de 2022, "la SRVR emitirá otro auto de priorización

---

[21] JEP - Sala de Reconocimiento de Verdad, Responsabilidad y Determinación de los Hechos y Conductas, Auto 105 de 7 de noviembre de 2022, por medio del cual se avoca el conocimiento del proceso 09 sobre delitos no amnistiados cometidos contra pueblos y territorios étnicos por causa, con ocasión, o en relación directa o indirecta con el conflicto armado colombiano.

[22] De conformidad con el parágrafo del artículo 79 de la Ley 1957 de 2019, "en las resoluciones de conclusiones que remita a las demás Salas y Secciones de la JEP, así como a la Unidad de Investigación y Acusación, la Sala de Reconocimiento identificará a la persona que se reconoce como indígena siempre que esta lo solicite, e identificará los hechos victimizantes que involucren a pueblos indígenas o a sus integrantes".

[23] La concentración es una de las etapas para el proceso de priorización de casos y situaciones, según los criterios y la metodología de la SRVR. Esta etapa consiste en el estudio y la sistematización de los casos y las situaciones de los que es posible predicar un análisis de patrones, así como la identificación de posibles responsables a partir de la información disponible y frente a la que continuaron aportando las organizaciones de víctimas y de la sociedad civil. (Ley 1957 de 2019, cit., artículo 79, literal d).

[24] El GRAI es una unidad adscrita a la magistratura, que "realiza análisis de contexto, identifica y caracteriza los patrones de conducta criminal y gestiona información, para contribuir a la toma de decisiones de la magistratura en particular y de la JEP en general"general" (JEP, Reglamento General, Acuerdo ASP 001 de 2020, artículo 73).

[25] JEP - Sala de Reconocimiento de Verdad, Responsabilidad y Determinación de los Hechos y Conductas, Auto 105 de 7 de noviembre de 2022, por medio del cual se avoca el conocimiento del proceso 09 sobre delitos no amnistiados cometidos contra pueblos y territorios étnicos por causa, con ocasión, o en relación directa o indirecta con el conflicto armado colombiano, párrafo 110.

[26] *Ibid,* párrafo 110.

interna del caso, en el que analizará los criterios de priorización enfocados en la selección de territorios ilustrativos". Para lograrlo, es más que evidente que requiere una participación activa, asertiva y permanente de los pueblos indígenas, y una interacción y un diálogo constante con sus autoridades.

Por lo anterior, es imperativo que la SRVR garantice la participación de los pueblos indígenas en los diferentes procedimientos de la JEP, tanto i) a través de la presentación de informes[27], como ii) en calidad de intervinientes especiales durante las audiencias y los procedimientos interculturales que deben caracterizarse por el diálogo horizontal e igualitario entre autoridades y el apoyo de intérpretes cuando así lo solicite la autoridad indígena. En ese sentido, por ejemplo, con gran acierto la JEP ha incluido dentro de sus diligencias judiciales los ritos de armonización de los pueblos involucrados, en un marco de reconocimiento y de respeto a una institución que no solo tiene connotación espiritual, familiar y social, sino que también forma parte integral y trascendente del derecho propio del respectivo pueblo indígena.[28]

Además, cobra mayor relevancia la obligación de aplicar un enfoque de género, mujer, familia y generación, incluso desde una perspectiva territorial, que tiene su origen en las concepciones holísticas de los pueblos indígenas sobre la integralidad del mundo y de las sociedades. Así, la protección de la vida, la interacción en el colectivo comunitario, el sostenimiento de los lazos familiares y la relación con la Tierra deben ser transmitidos a las generaciones futuras a través del conocimiento y la experiencia, que fundamentalmente poseen las mujeres de cada pueblo.

El camino recorrido

Una preocupación clave con respecto a los diálogos interjurisdiccionales consiste en la errada suposición de que las nuevas herramientas interjurisdiccionales, tales como aquellas que fueron descritas con anterioridad, se traducen en una falta de eficacia. En realidad, lo que ocurre es exactamente lo contrario. El nuevo sistema creado por el AFP tiene la ventaja de un enfoque innovador y único que permitirá, con el tiempo, cristalizar un nuevo enfoque; la materialización de diálogos horizontales entre justicias especiales demuestra que no existe un único marco jurídico que sea eficaz, sino que, a través de una voluntad

[27] La presentación de informes es el mecanismo previsto en el AFP a través del cual las organizaciones de víctimas tienen la oportunidad de participar en la JEP, revelando la información relevante que posean sobre los hechos y las conductas relacionados con el conflicto armado. Estos informes colectivos son la puerta de entrada a la Jurisdicción.

[28] Juan José Cantillo Pushaina, "El pluralismo jurídico en la justicia dialógica de la Jurisdicción Especial para la Paz", en A. Olarte y M. Gutiérrez (eds.), *Cátedra Unesco: derechos humanos y violencia, Gobierno y gobernanza. Experiencias de diálogos restaurativos en el contexto transicional colombiano*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2022.

permanente de articulación, es donde el sistema plural de justicia establecido por la Constitución encuentra validez y justificación.

Las audiencias de diálogo intercultural que diferentes órganos del Sistema Integral para la Paz (SIP) han celebrado con las autoridades tradicionales de los pueblos étnicos son un ejemplo de este nuevo enfoque. Se basan no solo en un diálogo horizontal, sino que incluye, como se señaló, rituales de armonización de los respectivos pueblos indígenas. Así, antes de adelantar audiencias o diálogos interculturales, la JEP ha entendido que es crucial realizar acercamientos previos mediante conversaciones con las comunidades y la magistratura. Estos acercamientos son coordinados con la colaboración de los departamentos de Enfoques Diferenciales y Gestión Territorial de la Secretaría Ejecutiva de la JEP (Sejep) y, en algunas ocasiones, se cuenta con el respaldo del Departamento de Atención a Víctimas. A través de estos diálogos iniciales se logra consensuar, en conjunto con las autoridades indígenas y la magistratura, aspectos fundamentales como el momento, método y lugar de la diligencia, así como otros elementos relevantes, incluyendo el plazo adecuado, los criterios de participación de las autoridades indígenas y las medidas de seguridad pertinentes.

Por lo general, se realiza un rito de armonización antes y después de la diligencia, siendo crucial determinar a qué comunidad corresponde llevar a cabo estos ritos cuando participan varias comunidades. Una vez concluido el rito de armonización inicial, se procede a la presentación de la magistratura, las autoridades de la comunidad y otros intervinientes como el Ministerio Público. En este contexto, la magistratura reconoce a las autoridades indígenas como iguales, conforme a lo consagrado por la Constitución. Posteriormente, en un diálogo entre iguales, la magistratura explica la decisión que corresponda, mientras que las autoridades expresan sus comentarios, plantean preguntas, aclaran dudas, presentan elementos de prueba o información relevante y hacen uso de los recursos pertinentes. Es importante destacar la posibilidad de que, después de explicada la decisión, las autoridades indígenas decidan tomarse un tiempo en un espacio propio y privado. Durante este periodo, la diligencia se suspende para permitir que las autoridades deliberen entre ellas. Finalmente, se procede a dar por terminada la diligencia.

Todo lo anterior, buscando siempre crear escenarios de confianza que propendan a la participación efectiva de los pueblos indígenas y que permitan, con ello, que la diligencia que se va a realizar sea realmente efectiva y pertinente, pues solo así se logra la satisfacción de los principios y enfoques que han sido nombrados en este escrito.

Un largo camino por transitar

No obstante los avances que se han resaltado hasta este punto, serán necesarios ciertos ajustes y esfuerzos para superar los obstáculos que aún persisten y que

podrían socavar la eficacia de los instrumentos jurídicos establecidos en el marco de la justicia transicional colombiana. Desde una perspectiva sociojurídica, reconocer la vital importancia de un diálogo intercultural entre los sistemas jurídicos podría ser la ocasión para establecer nuevos hitos orientados a la regulación de una sociedad tan dinámica y compleja como la colombiana.

Estos hitos podrían establecerse mediante i) la interacción de los sistemas de justicia "ordinaria", transicional e indígena, así como la creación de sinergias institucionales que eviten la superposición de acciones, la compartimentación de iniciativas y la dispersión de competencias y recursos necesarios para los fines del AFP; ii) el trabajo territorial con los pueblos étnicos y con sus autoridades tradicionales; y iii) el desarrollo transversal del enfoque étnico-territorial como herramienta de diálogo constructivo.

Este enfoque pluralista requerirá un refuerzo de los mecanismos de control y sensibilización a cargo del Estado, pero también necesitará de una participación profunda y permanente de toda la sociedad. Para ello, la difusión de información sobre los mecanismos de articulación que ya existen puede hacer que el respeto a la República democrática, participativa y pluralista[29] deje de ser una obligación formal para convertirse en expresión de una identidad nacional. Además, dado que la legislación por sí sola no basta para garantizar su eficacia, el diálogo entre sistemas requiere una visión clara a largo plazo que superará los límites temporales de esta Jurisdicción.

Entonces, y a manera de conclusión, es menester resaltar que, en general, si bien persisten algunas preocupaciones sobre la eficacia de un sistema plural de justicia en punto de la coordinación necesaria entre la JEP y la JEI, estas preocupaciones pueden superarse reforzando el diálogo, la coordinación y el equilibrio entre los sistemas de justicia, que serán en ese momento capaces de garantizar el desarrollo armonioso y el bienestar de la pluralidad de los grupos sociales que los componen. Un "nuevo comienzo" para la paz consistiría en la afirmación del *corpus* jurídico especial y en la reforma de los instrumentos jurídicos del derecho clásico desde un enfoque interdisciplinar y, sobre todo, pluralista. Lo anterior, desde el ejemplo de lo que hoy se desarrolla en la JEP.

Por tanto, sin perjuicio de las importantes acciones ya emprendidas por el sistema de justicia transicional –o precisamente gracias a esas acciones–, el Estado colombiano debe asumir la tarea de armonizar las demandas de participación, reparación y no repetición de los pueblos étnicos con sus objetivos de materialización del derecho y del deber constitucional de la paz.[30] Por lo tanto, las lecciones del trabajo de la JEP, las bondades, pero también las limitaciones del sistema de justicia transicional, así como el reconocimiento de los principios

[29] Constitución Política de Colombia, 1991, artículo 1.

[30] *Ibid*., artículo 22.

a través de los que se desenvuelven los pueblos indígenas, deben ser considerados para la implementación de una nueva visión y la creación de políticas necesarias para lograr una verdadera transformación del sistema social. Así pues, la oportunidad actual es histórica y las acciones para mantener el diálogo intercultural iniciado deben ser inquebrantables.

Bibliografía

Cantillo Pushaina, Juan José, "Dialogues entre la Juridiction spéciale pour la paix et la Juridiction spéciale autochtone en Colombie. Une référence spécifique au système normatif Wayuu", *Annuaire de Justice Transitionnelle, Collection Transition et Justice*, Bayonne, IFJD, 2020.

Cantillo Pushaina, Juan José, "El pluralismo jurídico en la justicia dialógica de la Jurisdicción Especial para la Paz", en A. Olarte y M. Gutiérrez (eds.), *Cátedra Unesco derechos humanos y violencia: Gobierno y gobernanza. Experiencias de diálogos restaurativos en el contexto transicional colombiano*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2023.

Cote, Gustavo y Lorena Vega, "El crimen de genocidio y el enfoque étnico en la Jurisdicción Especial para la Paz: reflexiones para la calificación jurídica en casos de violencia contra pueblos indígenas", *Policy Brief*, n.° 9, Bogotá, Instituto Capaz, 2021.

De Sousa Santos, Boaventura, "Para una articulación descolonizadora entre la justicia estatal y la justicia propia", *Policy Brief*, n.° 5, Bogotá, Instituto Capaz, 2020.

Griffiths, John, "¿Qué es el pluralismo jurídico?", en Libardo Ariza Higuera y Daniel Bonilla Maldonado (eds.), *Pluralismo jurídico*, Bogotá, Siglo del Hombre, 2007.

Hoekema, André, "Hacia un pluralismo formal de tipo igualitario", *El Otro Derecho*, n.º 26-27, 2002. Disponible en: http://www.ilsa.org.co/biblioteca/ElOtroDerecho/Elotroderecho_26_27/El_otro_derecho_26.pdf.

Junta Mayor Autónoma de Palabreros, *El palabrero como restaurador de paz. Pastor del respeto, Ouutkajawaa Molousükalü Pütchiü´üi: Colombia-Venezuela*, Bogotá, D.C., Ministerio de Cultura de Colombia, 2013.

Herrán, Sandra Liliana, "El espíritu de la ley, ritualidad y política entre los indígenas del Valle del Cauca", *Maguaré*, n.° 34, 2020.

Swenson, Geoffrey, "Legal pluralism in theory and practice", *International Studies Review*, v. 20, n.º 3, pp. 438-462.

8

El daño ambiental en las decisiones de la JEP: una necesidad inminente

‹**GLORIA AMPARO RODRÍGUEZ**› Magistrada de la Sección de Revisión
‹**ANDREA MATEUS RUGELES**› Magistrada auxiliar de la Sección de Revisión

Resumen: Este artículo evidencia que el daño ambiental puede ser objeto de decisiones judiciales en la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP), a partir del enfoque territorial y ambiental previsto en el Acuerdo Final de Paz. Para tal fin, se revisa el concepto de daño ambiental y su aplicación en el ordenamiento jurídico colombiano, así como los parámetros del derecho internacional humanitario (DIH), y aquellos contenidos en el Estatuto de Roma y desarrollados por la Corte Penal Internacional para la protección directa del ambiente, desde el crimen de guerra. Finalmente, se enuncia el tratamiento dado por la Unidad de Investigación y Acusación, y la Sala de Reconocimiento de Verdad, Responsabilidad y Determinación de los Hechos y Conductas, órganos de la JEP, en cuanto al reconocimiento del daño ambiental en relación con el conflicto armado, y, en el caso de la Sala, su adopción de parámetros del derecho penal internacional (DPI) y el DIH. Así, la invitación es a articular los desarrollos de la JEP con los estándares internacionales y la línea jurisprudencial seguida en Colombia sobre responsabilidad civil y del Estado sobre daño ambiental. También, evidencia la necesidad de que la JEP continúe avanzando en la materia, a partir de sus decisiones judiciales.

Palabras clave: daño ambiental; crimen de guerra; Estatuto de Roma; enfoque territorial y ambiental; Jurisdicción Especial para la Paz.

Abstract: This article´s main objective is to establish how the concept of environmental harm might be subject to judicial decisions of the Special Jurisdiction for Peace (JEP), taking into account the territorial and environmental approach of the Final Peace Agreement. To that end, the article reviews the concept of environmental harm and its application in the Colombian legal system. Also, it considers the standards of the International Criminal Court and International Humanitarian Law (IHL) regarding the direct protection of the environment and its relationship with war crimes. Finally, the article sets out the developments of some of the JEP´s bodies, like the Investigation and Prosecution Unit and the Chamber for the Acknowledgment of Truth, Responsibility and Determination of Facts and Conducts, regarding the relationship between the armed conflict and environmental harm, adopting International Criminal Law and IHL standards. In this context, the invitation is to articulate the JEP´s developments with international standards and also with Colombian precedent on environmental harm, civil liability and state responsibility. Furthermore, the article shows the need for the JEP to continue further developments about the recognition of environmental harm.

Keywords: Environmental harm, war crimes, Rome Statute, territorial and environmental approach, Special Jurisdiction for Peace.

Introducción

El Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera (AFP) está compuesto por seis puntos negociados entre el Gobierno nacional y las extintas Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia-Ejército del Pueblo (FARC-EP): 1) Hacia un nuevo campo colombiano: Reforma rural integral, 2) Participación política: apertura democrática para construir la paz, 3) Fin del conflicto, 4) Solución al problema de drogas ilícitas, 5) Víctimas, 6) Implementación, verificación y refrendación.

Estos Acuerdos, si bien se plantearon de forma independiente, constituyen un todo indisoluble, "porque están permeados por un mismo enfoque de derechos, para que las medidas aquí acordadas contribuyan a la materialización de los derechos constitucionales de los colombianos y colombianas".[1] Esto implica tener en cuenta distintos enfoques diferenciales, como el territorial y de género, que operan de manera transversal a todo lo pactado de acuerdo con los principios incluidos en el último punto, referidos a la puesta en marcha del Acuerdo.

En este sentido, el enfoque territorial del Acuerdo supone que se deben reconocer las necesidades, características y particularidades económicas, culturales y sociales de los territorios y las comunidades, en aras de garantizar la satisfacción de sus derechos y la sostenibilidad ambiental. Por esta razón, el punto 1 del Acuerdo planteó, dentro de sus principios, el de desarrollo sostenible, estableciendo la importancia de integrar en los aspectos económicos, sociales y ecológicos a las generaciones futuras, para lo cual se requiere de la protección y promoción de elementos fundamentales como el acceso al agua, dentro de una concepción ordenada del territorio.

Así es como dicho Acuerdo resalta la democratización del acceso y uso adecuado de la tierra, lo que implica que se deben proveer mecanismos y garantías para que el mayor número posible de habitantes del campo, sin tierra o con tierra insuficiente, puedan acceder a ella, e incentiven su uso adecuado con criterios de sostenibilidad ambiental, teniendo presente la vocación del suelo, la necesidad de contar con un ordenamiento territorial y con la participación de las comunidades en todo espacio.

Ahora, si bien la creación de la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP) se derivó del punto 5 del AFP y es uno de los componentes del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y Garantías de No Repetición (SIVJRNR), los mencionados principios no son ajenos a esta Jurisdicción, en tanto los enfoques territorial y ambiental no solo deben ser tenidos en cuenta al momento de valorar la naturaleza como víctima, sino que las medidas de reparación

[1] Presidencia de la República, Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera, 2016, p. 6.

deben garantizar, precisamente, el desarrollo sostenible y la democratización del uso de la tierra para quienes acuden a la JEP.

Aunado a lo anterior, en el marco de la administración de justicia transicional que adelanta la JEP, surge la necesidad de incluir estos enfoques en los procesos de determinación de la responsabilidad de los individuos, a la luz del análisis del daño ambiental que pueda constituir una grave violación de los derechos humanos o una grave infracción al derecho internacional humanitario (DIH) cometida durante el conflicto armado.

Por ello, este documento presenta un panorama general sobre el daño ambiental en el marco del conflicto armado, así como el tratamiento que se le ha dado desde el DPI y el DIH, a partir de la categoría de crímenes de guerra, y la aproximación que ha hecho la Sala de Reconocimiento de Verdad, Responsabilidad y Determinación de los Hechos y Conductas (SRVR) de la JEP en sus primeras decisiones judiciales, indicando que los principios y enfoques derivados del AFP llevan a que dentro de dichos pronunciamientos deba considerarse necesariamente el daño ambiental como una de las implicaciones del conflicto armado colombiano. Se advierte así que este es un artículo de revisión, cuyo propósito es principalmente informativo, encaminado a contextualizar, y no a adentrarse en un análisis crítico o de toma de postura respecto a la ruta que debe seguir la Jurisdicción Especial para la Paz, en el entendimiento de que actualmente hay varios retos tanto a nivel nacional como internacional y que no hay una posición decantada ni unánime en la materia.

El daño ambiental en el marco del conflicto

A partir de este contexto, es necesario ofrecer elementos conceptuales sobre el daño ambiental y establecer que el conflicto armado colombiano ha tenido como consecuencia la destrucción del territorio. En la medida en que el daño ambiental es concebido como aquel relacionado con los efectos de las actividades que pueden comprometer el entorno, los ecosistemas o los recursos naturales, y que se refiere a actividades que se ocasionan a consecuencia de una acción u omisión de un sujeto cualquiera, público o privado, legal o ilegal, es evidente que en el conflicto armado de carácter no internacional (CANI) de Colombia se ha generado daño ambiental, como se explicará más adelante.[2]

Desde diferentes perspectivas, teóricas y prácticas, se ha comprendido que el daño ambiental puede ser puro o impuro. Puro cuando recae sobre el entorno o cualquiera de sus elementos y funciones, por lo que, en esa medida, afecta a toda la comunidad. De ahí se desprende la importancia de determinar la

[2] Gloria Amparo Rodríguez e Iván Vargas Chaves (eds.), "Reflexiones preliminares sobre la responsabilidad por daños ambientales", en *Perspectivas de responsabilidad por daños ambientales en Colombia*, Bogotá, Editorial Universidad del Rosario, 2015, pp. 1-14.

responsabilidad en esta materia,[3] especialmente en el tipo de situaciones que se evalúan en el contexto del conflicto y a la luz de la afectación de bienes colectivos o de interés general de comunidades que han percibido los efectos del conflicto en sus territorios. Impuro[4] cuando recae sobre un individuo particular que sufre un perjuicio a causa del daño ambiental; por ejemplo, la persona que se enferma a consecuencia de la contaminación de una fuente de agua o del exceso de ruido.

Por su parte, Geneviève Viney y Patrice Jourdain[5] señalan que el daño ambiental puro se caracteriza por las afectaciones al ambiente que no repercuten directamente en una u otra persona determinada, sino exclusivamente en el medio natural, es decir, en las "cosas comunes", que también se han denominado bienes y servicios ambientales, y entre las cuales se incluyen el agua, el aire, la flora y la fauna silvestre.

De otro lado, el daño ambiental impuro, también llamado consecutivo, se refiere a las repercusiones del daño al entorno sobre una persona determinada o sobre bienes apropiables e intercambiables de los particulares.

A su vez, la Corte Constitucional colombiana ha explicado la noción de daño ambiental puro como aquel que no afecta a una persona o un grupo de personas de forma determinada, sino al medio natural en sí mismo considerado; y el daño ambiental impuro, o consecutivo, como el generado a una persona determinada o a los bienes apropiables e intercambiables de los particulares.[6] En este texto, para el análisis de las afectaciones ambientales en el contexto del conflicto, nos centraremos en el daño impuro.

Carabaly-Cerra propone como una definición del daño ambiental o ecológico

> ... la disminución o pérdida de la productividad de los servicios ecosistémicos, la degradación o destrucción de las características, atributos, composición, estructura y función de un ecosistema o un área de especial importancia ecológica, la contaminación o depreciación del recurso natural renovable afectado, la pérdida de biodiversidad, la afrenta contra los objetivos de conservación de un área protegida o la introducción de modificaciones al paisaje.[7]

Sin embargo, y a pesar de lo anterior, si bien el daño ambiental es por naturaleza colectivo, toda vez que afecta el patrimonio común de la humanidad,

---

[3] *Idem*.

[4] Corte Constitucional, Sentencia SU-445 de 16 de octubre de 2020, M. P. Antonio José Lizarazo Ocampo.

[5] Geneviéve Viney, *L'introduction en droit français de la directive européenne du 25 juillet 1985 relative à la responsabilité de produits défectueux*, LGDJ, 1998.

[6] Corte Constitucional, Sentencia SU-445 de 16 de octubre de 2020, cit.

[7] Cristian Carabaly-Cerra, "La disminución del deber de reparar en la sanción por daño en el marco de la Ley 1333 de 2009", en Andrés Gómez Rey y Gloria Amparo Rodríguez (eds.), *Régimen sancionatorio administrativo ambiental en Colombia. Aportes para su implementación*, Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez, 2018, pp. 19-50.

también puede generar lesiones directas o indirectas a los intereses individuales de las personas,[8] caso en el cual, como se ha explicado, se configura un daño impuro y podría dar lugar a acciones que busquen la reparación de lo individual.

De esta forma, el daño ambiental en el ordenamiento jurídico colombiano se ha comprendido desde una categoría amplia, es decir, incluye tanto las afectaciones a los recursos naturales como aquellas que recaen de manera indirecta en el ser humano (su salud, la armonía del paisaje, etc.). Asimismo, se refiere a la alteración o interferencia del funcionamiento normal de los ecosistemas.[9] En este contexto, para que el daño ambiental pueda ser objeto de reparación por parte del Estado, de acuerdo con la jurisprudencia del Consejo de Estado, se debe demostrar que es cierto, determinado (o determinable), que perjudica a uno o a varios individuos y que puede ser imputable al Estado.[10]

Teniendo en cuenta estos aportes sobre el daño ambiental, en escenarios de conflicto armado, este implica encontrarse en presencia de daños graves que afectan al territorio, a las personas y comunidades, e involucra casos asociados a la existencia de economías legales e ilegales que han afectado el entorno, como es el caso de la minería, los atentados a la infraestructura petrolera, la deforestación y los cultivos de uso ilícito, entre otras actividades.

Ante una crisis humanitaria a consecuencia del conflicto armado y de actividades como la minería ilegal, las comunidades han tenido que enfrentar, además de la violación sistemática de los derechos humanos, los daños a sus territorios. De esta manera, el daño al entorno se comprende como un factor que afecta el derecho a un ambiente sano, dada su incidencia en la vida de todos los seres vivos. De ahí que se reitere el deber que tiene el Estado de prevenir su ocurrencia, a partir del manejo de los factores de deterioro y exigiendo la reparación de aquellos que se hubieren causado, conforme a lo consagrado en el artículo 80 de la Constitución Política de Colombia, sea o no el resultado de la realización de una actividad lícita.[11]

Así las cosas, en el escenario del conflicto armado, los daños generados afectaron los derechos ambientales, culturales y territoriales, tema que se constituye en un reto para la labor del juez transicional, a fin de tener en cuenta estos elementos fundamentales. La situación que han tenido que enfrentar, por ejemplo, los pueblos indígenas de Colombia ha llevado a que la Corte Constitucional resalte tres hechos por su grave impacto sobre la integridad étnica, que

---

[8] Fernando Andrés Pico Zúñiga, "Aproximación al estudio del daño extrapatrimonial en la responsabilidad civil derivada del daño ambiental", en Gloria Amparo Rodríguez e Iván Vargas Chaves (eds.), *Perspectivas de responsabilidad por daños ambientales en Colombia*, Bogotá, Editorial Universidad del Rosario, 2015, pp. 13-26.

[9] Corte Constitucional, Sentencia SU-445 de 16 de octubre de 2020, cit.

[10] Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 7 de mayo de 1998, Exp. 14297; Consejo de Estado, Sección Primera, Sentencia de 14 de septiembre de 2000, Exp. 4228.

[11] Corte Constitucional, Sentencia C-595 de 27 de julio de 2010, M. P. Jorge Iván Palacio Palacio.

bien aplican a otro tipo de comunidades (étnicas o no) que tienen una relación fuerte con el territorio, como los campesinos:[12]

1. El despojo territorial simple por parte de actores con intereses económicos sobre las tierras y los recursos naturales de propiedad de las comunidades porque forman parte de sus resguardos, están en proceso de titulación, forman parte de los territorios de proyección y ampliación de los resguardos, o porque forman parte de su territorio ancestral y aún no han sido reconocidos como tales por las autoridades, así como por parte de colonos que los invaden. En algunos casos, la precariedad en la titulación de tierras es un factor que facilita ampliamente el despojo y la invasión territorial. De esta manera, se entrelazan los procesos de ampliación y saneamiento de resguardos con ciertos factores conexos al conflicto armado (presencia de actores armados, cultivos de uso ilícito o actividades militares en zonas de ampliación).
2. El desarrollo de actividades económicas lícitas o ilícitas en territorios indígenas. Según la Corte, es preocupante la presencia creciente y registrada de cultivos de uso ilícito –principalmente coca– y el desarrollo dentro de sus territorios, por actores externos, de distintas actividades vinculadas al tráfico de drogas; pero también se ha reportado el desarrollo irregular de actividades lícitas de explotación de recursos naturales –tales como explotación maderera indiscriminada, siembra y explotación de monocultivos agroindustriales, explotación minera irregular, y otras actividades afines–, las cuales son llevadas a cabo tanto por actores económicos del sector privado, como por los grupos armados ilegales. A menudo, estas actividades afectan los lugares sagrados de los grupos étnicos, con el consiguiente impacto destructivo sobre sus estructuras culturales; al respecto, se ha reportado que estas generan altos índices de deforestación y daño ambiental dentro de sus resguardos.
3. Fumigaciones de cultivos de uso ilícito sin el lleno de los requisitos de consulta previa ordenados por la Corte Constitucional,[13] que tienen efectos indiscriminados sobre los cultivos lícitos de pancoger y de subsistencia de las comunidades, así como sobre su hábitat de subsistencia (para caza, pesca, bosque, etc.). Los procesos de fumigación, que responden a la presencia incremental de cultivos de uso ilícito en sus territorios, han sido objeto de quejas reiteradas por parte de los pueblos indígenas a lo largo del país, dado que han afectado la salud de los miembros de la comunidad, tanto por la contaminación de alimentos, animales domésticos

[12] Corte Constitucional, Auto 004 del 26 de enero de 2009, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.
[13] Corte Constitucional, Sentencia SU-383 de 13 de mayo de 2003, M. P. Álvaro Tafur Galvis.

y fuentes de agua, como por la generación de problemas dermatológicos, respiratorios, entre otros, asegura este Tribunal.

Esta situación evidencia la necesidad de proteger el derecho al territorio, a la identidad cultural y a los derechos ambientales, así como reconocer como víctimas a estas colectividades que reclaman la verdad, la justicia, la reparación y la no repetición, además del mejoramiento de sus condiciones de vida, amenazadas por aquellos que desean explotar o controlar sus territorios.

Como ejemplo de esta situación, es menester mencionar que el conflicto armado ha terminado por afectar no solo el territorio de los indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta (SNSM), y a la comunidad en general, sino su permanencia cultural, su identidad, su autonomía y el gobierno propio.[14] En consecuencia, durante mucho tiempo los pueblos indígenas kogi, wiwias, arhuacos y kankuamos han exigido que se haga realidad la obligación de resarcir los daños y perjuicios que el conflicto armado ha ocasionado a su territorio ancestral y a su gente, tales como asesinatos de indígenas y la incursión de actores armados legales e ilegales en su territorio, lo que ha afectado el Corazón del Mundo.

Ellos plantean que, en relación con el conflicto armado, se estableció como estrategia una mayor presencia de militares en la zona, para lo cual se instalaron batallones de alta montaña. Sin embargo, para los indígenas, esa situación también se constituye en un factor latente de conflicto. Señalaban que el hecho de que un número considerable de soldados circulara por la SNSM generó una afectación de los ecosistemas (contaminación de fuentes de ríos y de suelo) e irrespeto a sitios sagrados, así como una interferencia en la vida social o comunitaria. Otra preocupación de las autoridades tradicionales es el involucramiento sentimental de los soldados con las mujeres indígenas y los casos de violencia sexual en su contra. Adicionalmente, la militarización del territorio indígena ha ocasionado que se ocupen construcciones civiles como escuelas, puestos de salud y sitios sagrados; la estigmatización y los señalamientos; las detenciones arbitrarias, y el temor de los indígenas frente al renacimiento de grupos paramilitares.[15] Estos escenarios tienen que ver con la grave situación que debieron enfrentar estos pueblos y que tiene relación directa con el daño ambiental y las afectaciones comunitarias que allí se han presentado.

Teniendo presente lo mencionado, hay que señalar que la protección ambiental en el SIVJRNR se constituye en un reto, ya que las vidas de las

---

[14] Gloria Amparo Rodríguez, "Conflictos sociales, ambientales y culturales en el 'Corazón del Mundo': la Sierra Nevada de Santa Marta (Colombia)", en Alexandra Mora Rodríguez, Edgar Naranjo Peña, Gloria Rodríguez y Ángela Santamaría Chavarro, *Conflictos y judicialización de la política en la Sierra Nevada de Santa Marta*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2010, pp. 201-256.

[15] Fundación Hemera, *Tensa calma en la Sierra: el caso del pueblo kankuamo. Informe sobre la situación de derechos humanos del pueblo kankuamo de la Sierra Nevada de Santa Marta, período 2003-2006*, Bogotá, Fundación Hemera, 2006.

comunidades étnicas y campesinas han sido afectadas a causa del daño ambiental relacionado con los conflictos armados. En este sentido, se vienen estudiando estas temáticas; por ejemplo, dentro del Mecanismo de Monitoreo de Riesgos, la Unidad de Investigación y Acusación (UIA) de la JEP ha creado una categoría denominada "Destrucción del medio ambiente", que incluye los siguientes subtipos de hechos:

- Atentados a infraestructura petrolera que ocasionan daños a fuentes hídricas o capa vegetal.
- Minería ilegal que contamina fuentes hídricas, erosiona la tierra o afecta a la fauna y la flora.
- Tala masiva o indiscriminada de árboles que afecta la capa vegetal o la fauna.
- Actividades asociadas a la producción de pasta de coca que ocasionan afectaciones a las fuentes hídricas o la capa vegetal.
- Incendios que afectan la cobertura vegetal.

Por su parte, dentro de la categoría de "Sujeto de derechos afectados", la UIA incorporó los ecosistemas "de forma tal que se puedan considerar como 'víctimas', en los casos en los que ya la justicia colombiana ha otorgado este estatus".[16] Estos hechos denotan la necesidad y relevancia de que en los casos de la JEP se tengan en cuenta las afectaciones ambientales. Es decir, que las decisiones incluyan el enfoque ambiental y territorial, para lo cual se deben examinar otros escenarios de responsabilidad penal del individuo, en especial, cómo la CPI viene analizando estas temáticas, asunto que se presentará a continuación.

La CPI, la JEP y los delitos ambientales

La Corte Penal Internacional (CPI) se encarga de investigar, juzgar y, si es el caso, sancionar los crímenes centrales del derecho internacional referidos en el artículo 5 del Estatuto de Roma, a saber: genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y agresión.

Dentro de dichos crímenes, descritos respectivamente en los artículos 5 al 8 bis del Estatuto, expresamente se encuentra una conducta típica, cuya comisión implica un daño extenso, duradero y grave ocasionado al ambiente, constitutiva de crimen de guerra cometido dentro del contexto del conflicto armado de carácter internacional (CAI). Esta es la única tipificación contenida en el mencionado tratado, relativa a una conducta atentatoria del ambiente, sin encontrar –dentro del mismo instrumento internacional– una homóloga para el conflicto armado de carácter no internacional.

[16] Giovanni Álvarez Santoyo, *El Ambiente como víctima silenciosa. Un diagnóstico de las afectaciones en el posacuerdo de paz (2017-2022)*, Bogotá, JEP, Unidad de Investigación y Acusación, 2022, p. 3.

Ahora, si bien el artículo 7 del Estatuto de Roma (ER), relativo a los crímenes de lesa humanidad, dentro de las conductas enlistadas como tales establece una cláusula que permite considerar como dicho crimen cualquier otro acto inhumano; estos deberán causar "intencionalmente grandes sufrimientos o atent[ar] gravemente contra la integridad física o la salud mental o física" (numeral 1, literal k). Lo referido significa, en coherencia con la categoría de crímenes a la que se vincula esta conducta, que, bajo este supuesto, el sujeto pasivo sigue siendo la población civil, por lo que, en este escenario, se dificultaría la protección del ambiente de manera directa.

Algo similar puede predicarse del crimen de genocidio. Si bien dentro de las conductas enunciadas como constitutivas de dicho crimen está la relativa al "sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial", uno de los ejemplos clásicos de la imposición de este tipo de condiciones es la restricción de suministro de agua a los miembros del grupo protegido, por ejemplo, envenenando fuentes hídricas al alcance de dichas personas –conducta, por demás, prohibida por el DIH–. Con este tipo penal, lo cierto es que el objeto de protección sigue siendo el grupo nacional, étnico, racial o religioso, y el bien jurídico protegido es la existencia de los grupos mencionados. Por lo anterior, nuevamente, como se concluía en relación con los crímenes de lesa humanidad, no se estaría frente a una protección directa del ambiente.

Con los crímenes de guerra ocurre lo contrario, pues, teniendo en cuenta las normas prohibitivas de origen de estos crímenes, el ambiente se puede enmarcar bajo la categoría de bien protegido por el DIH, o el daño sufrido por este se puede contextualizar dentro del concepto de método o medio prohibido por el mismo DIH. Respecto a lo primero, recuérdese que el derecho internacional humanitario es ese cuerpo normativo que regula el comportamiento permitido y prohibido dentro del conflicto armado, con lo que, entre otros aspectos, dentro de sus disposiciones establece la protección de un universo de personas y categorías de bienes en particular, que no pueden ser objeto de las conductas propias de las dinámicas de dichos conflictos, como la conducción de hostilidades, los ataques u otras conductas que impliquen el ejercicio de la violencia, como las represalias. En este contexto, tanto el derecho convencional como el consuetudinario, que regulan dichos comportamientos desde el ámbito internacional, han señalado al ambiente natural como un bien protegido por el DIH. Por un lado, el artículo 55 del Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra de 1949, lo incluye dentro del capítulo III, "de los bienes (protegidos) de carácter civil", y, por el otro, de manera más restringida, se ha reconocido como costumbre internacional que (i) "los principios generales sobre la conducción de las hostilidades se aplican al medio ambiente natural", con lo que existe una prohibición de ataque a dicho objeto, "a menos que sea un objetivo militar", o

de destrucción a alguna de sus partes, salvo que obedezca a una "necesidad militar imperiosa".

En lo atinente al daño sufrido por el ambiente, en principio, si bien puede pensarse únicamente como una consecuencia de la conducta desplegada, lo cierto es que el daño ocasionado al ambiente natural se entiende como un método prohibido; por ejemplo, envenenar las aguas, provocar sequías o lluvias torrenciales. Adicionalmente, se advierte que, según el caso, además de ser una estrategia usada en contra del enemigo, la afectación misma al ambiente natural, o una parte de este, puede ser utilizada como un arma –medio– de guerra; por ejemplo, en las alteraciones señaladas, el agua (exceso de ella, en el supuesto de las inundaciones) es un medio usado en la conducción de las hostilidades. Esto ha sido previsto por los Estados al negociar y aprobar instrumentos internacionales, como la Convención sobre la Prohibición de Utilizar Técnicas de Modificación Ambiental con fines Militares u otros Fines Hostiles.

A partir de la anterior aclaración, entraremos a profundizar en el crimen de guerra relativo al ambiente natural.

El crimen de guerra relativo al medio ambiente en el Estatuto de Roma

Al ser el crimen de guerra el único escenario en el que el ER ha contemplado reprochar conductas que ocasionen daño ambiental, a continuación revisaremos su descripción típica y la forma en que la CPI lo ha aplicado a casos particulares. Asimismo, estudiaremos si este precedente ha sido adoptado en el marco de los casos bajo conocimiento de la JEP y los parámetros establecidos por la CPI para ilustrar el reto que tiene la Jurisdicción para incluir el daño ambiental en sus decisiones judiciales.

Pros y contras de la descripción típica

El artículo 8.2 del ER contempla las conductas constitutivas de los crímenes de guerra cometidos en el contexto de un CAI (literales a y b) y aquellos relativos a un CANI (literales c y d), sin que exista una entera similitud en ambos listados. Así las cosas, y como se indicó *supra*, dentro del ER, la conducta relativa –de manera directa– al ambiente se encuadra como un crimen de guerra cometido en el contexto de un CAI, que bajo el artículo 8.2, literal b iv, se describe de la siguiente manera:

> … lanzar un ataque intencionalmente, a sabiendas de que causará pérdidas incidentales de vidas, lesiones a civiles o daños a bienes de carácter civil o daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente natural que serían manifiestamente excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa de conjunto que se prevea; denominado lanzamiento de un ataque intencional.[17]

[17] Artículo 8.2, literal b, numeral iv del ER de la CPI.

Antes de entrar a revisar el contenido de la conducta transcrita, vale la pena destacar los aspectos a favor y en contra que algunos doctrinantes[18] advierten en la citada descripción, en relación con la protección del entorno.

En primer lugar, se afirma que, al tratarse de un crimen, se alcanza una protección más concreta del ambiente a partir de la determinación de responsabilidad internacional del individuo y no únicamente de la protección general por el incumplimiento de una obligación estatal, derivada de un tratado internacional.

Al respecto, se debe indicar que si bien –igual que ocurre con los Estados– la fuente de donde se derivan ambos tipos de responsabilidades depende de la misma voluntad estatal, al referirse a tratados, su obligatoriedad solo se dará si los Estados han decidido comprometerse con las disposiciones derivadas de estos instrumentos; lo cierto es que la tipificación como un crimen da una nueva dimensión, al superar su categorización como una conducta netamente prohibitiva. Por otro lado, la consagración como crimen dentro del ER, dadas las formas de activación de la jurisdicción de la CPI, permite pensar en la posibilidad de contar con un mayor alcance en el ámbito de protección, pues el Estado del que es nacional el sujeto activo no tiene que ser parte del ER para que eventualmente la CPI conozca del asunto. Esto en virtud de 1) la facultad de remisión de situaciones de Estados no parte que recae sobre el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas; 2) la cláusula de competencia *ad hoc* contemplada en el artículo 12.3 del ER para que un Estado que no es parte, aun manteniendo esta condición, pueda remitir el asunto para conocimiento de la CPI; 3) la necesidad de verificar solamente tres de los cuatro criterios de competencia contemplados en el ER, al tratarse de crímenes de guerra, donde el criterio *ratione personae* es uno de los dos alternativos.

En segundo lugar, los mismos doctrinantes encuentran favorable que la descripción del tipo penal, en cuanto a la consecuencia del ataque, se presente de manera disyuntiva, pues no hace depender la afectación al ambiente de un daño causado al ser humano. Al tratarse de un crimen de guerra, el objeto de protección no es exclusivamente la población civil, como ocurre con los crímenes de lesa humanidad, sino que puede referirse también a conductas cometidas en contra de bienes protegidos por el DIH, o estar tipificando el uso de medios o la implementación de métodos prohibidos en la guerra.

[18] Ver, por ejemplo, Jesisca C. Lawrence y Kevin Jhon Heller, "The limits of article 8(2)(b)(iv) of the Rome Statute, the first ecocentric environmental war crime", *Georgetown International Environmental Law Review* (GIELR), v. 20, 2007. Disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=979460.

Por su parte, hay doctrinantes[19] que advierten la dificultad para que la Fiscalía de la CPI pueda presentar un caso en relación con este crimen, en virtud del umbral tan alto que esta conducta impone respecto al daño al ambiente que debe verificarse en términos de extensión, duración y gravedad, adjetivos que, por demás, se presentan de manera conjuntiva, elevando aún más la exigencia.

Por supuesto, debe entenderse que si el derecho penal es la última *ratio*, la jurisdicción de la CPI es la "última *ratio* de la última *ratio*" en términos de los crímenes centrales del derecho internacional. Recuérdese que esta Corte no está creada para conocer de todos los crímenes de derecho internacional –artículo 22.3 del ER–; lo hará solo respecto de aquellos que han sido consagrados expresamente en el Estatuto, al considerarse como los más graves, de acuerdo según el Preámbulo del tratado constitutivo de la Corte.

De esta manera, es evidente que el nivel de exigencia, *per se*, ya es alto, unido a la necesidad de verificación de la comisión de la conducta dentro del contexto propio de cada categoría –como elemento esencial– del crimen de derecho internacional. La barra se eleva aún más si se advierte que –incluso respecto de las conductas consagradas en dicho instrumento, que recaen en la competencia del mencionado Tribunal en virtud de la gravedad como criterio de admisibilidad y selección– no todas aquellas constitutivas de los crímenes de competencia de la CPI serán procesadas ante dicha instancia. Esto, en el entendido de que la CPI no está creada como una Corte supranacional, encargada de investigar, juzgar y, si es el caso, sancionar todas las conductas constitutivas de crímenes de su competencia, específicamente en el caso bajo estudio, de todos los crímenes de guerra cometidos en el territorio por nacionales de un Estado parte o, en caso contrario, los remitidos por el Consejo de Seguridad, o por vía de la cláusula de competencia *ad hoc* del artículo 12.3 del Estatuto de Roma.

Generalidades sobre la conceptualización y el alcance del artículo 8.2. literal b, numeral iv del ER

Ahora bien, adentrándonos en la definición del crimen que en el ER contempla un daño directo al medioambiente como crimen de guerra dentro del contexto de un CAI, este examina una serie de adjetivos relativos al daño medioambiental, que definen este crimen como el lanzamiento intencional de un ataque que cause daños al ambiente natural.

En lo que respecta a la conceptualización y el alcance de cada uno de esos adjetivos, los Elementos de los crímenes, fuente auxiliar de interpretación del

[19] Ver, por ejemplo, el comentario de Steven Freeland, profesor de Derecho Internacional de la Western Sidney University, para la International Bar Association (Steven Freeland, "Crimes against the environment and international criminal law", International Bar Association, Disponible en: https://www.ibanet.org/article/6D983066-BCDB-481A-8C79-BD47362BDB49).

Estatuto de Roma conforme el artículo 9 de dicho tratado, en lo que atañe a los elementos objetivos del crimen, profundiza en cuestiones propias de la conducta, como por ejemplo el alcance de la expresión "ventaja militar concreta y directa". De esta manera, y tratándose de una conducta que debe darse dentro del contexto de un conflicto armado y en relación con este, el DIH es un cuerpo normativo útil para dilucidar los conceptos enunciados en lo que se refiere al ambiente.

Así, el Protocolo Adicional I a las Convenciones de Ginebra de 1949, relativo a la Protección de las Víctimas en el conflicto armado internacional, consagra en su artículo 55 la prohibición del uso de medios o métodos de guerra que se encaminen a causar un daño extenso, de larga duración y gravedad al ambiente, como forma de protección de dicho bien. La norma 45 de las reglas del derecho internacional consuetudinario decantadas por el Comité Internacional de la Cruz Roja y el grupo de expertos convocados para estos efectos, señala: "Queda prohibido el empleo de métodos o medios de guerra concebidos para causar, o de los cuales quepa prever que causen, daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente natural. La destrucción del medio ambiente natural no puede usarse como arma".[20]

En el estudio realizado por un grupo de expertos del DIH sobre la determinación de las disposiciones de dicho cuerpo normativo y su carácter consuetudinario,[21] se señala que si bien la norma 45 ha alcanzado el carácter de costumbre internacional para el CAI, no asegura lo mismo –aunque no lo excluye en un futuro– para el CANI, advirtiendo que en el primer contexto existen tres objetores persistentes a esta costumbre, dentro de los que no está Colombia, y que para su formación, se debe tener en cuenta la legislación de distintos Estados que incluyen tal prohibición en sus manuales militares o que dentro de su ordenamiento penal contemplan el ecocidio como un crimen de derecho interno.

En relación con la primera parte de la norma, es decir, lo relativo a los daños extensos, duraderos y graves al ambiente, en dicho comentario se ha señalado que la práctica de los Estados y la *opinio iuris* –con excepción de Estados Unidos, Francia y el Reino Unido– reflejada en legislación interna, como en manuales militares contentivos de dicha prohibición, incluso de Estados que no son parte del Protocolo Adicional I, permite evidenciar su carácter consuetudinario. Soporte de lo anterior, a su vez, son las diversas declaraciones hechas en escenarios internacionales que reflejan esa convicción de los Estados, como los alegatos

[20] Comité Internacional de la Cruz Roja, Normas del Derecho Internacional Consuetudinario. Norma 45, Base de datos de Derecho Internacional Humanitario. Disponible en: https://ihl-databases.icrc.org/es/customary-ihl/v1/rule45.

[21] Jean-Marie Henckaerts y Louise Doswald-Beck, *El derecho internacional humanitario consuetudinario,* v. I: *Normas*, Ginebra, Comité Internacional de la Cruz Roja, 2007.

presentados por varios de ellos ante la Corte Internacional de Justicia (CIJ) en la solicitud de una opinión consultiva frente a la legalidad de las armas nucleares.

No obstante lo anterior, en el mismo estudio y comentario a la referida norma 45, se aclara que la conclusión que precede no es pacífica, pues la misma CIJ y el Comité establecido para revisar la situación de la campaña de bombardeo de la Organización del Tratado del Atlántico Norte (OTAN) en contra de la República Federal de Yugoslavia, realizaron afirmaciones en contra del carácter de derecho consuetudinario del párrafo 1 del artículo 55 del Protocolo Adicional I, contentivo de la primera regla de la norma 45 en comento.[22]

Ahora bien, dentro del CAI, y en lo que respecta a la destrucción del entorno como arma –esto es, la segunda parte de la norma 45–, se afirma que "la práctica de los Estados es lo suficientemente amplia, representativa y uniforme como para sacar la conclusión de que la destrucción del medio ambiente natural no puede utilizarse como arma".[23] En otras palabras, se estaría indicando que existe una práctica reiterada, uniforme y general de los Estados, así como una convicción de la obligatoriedad legal de dicha práctica –con la salvedad de los tres objetores persistentes mencionados–, a partir de la cual consideran que la destrucción del ambiente es un método prohibido por la guerra.

Aclarado lo anterior, se tiene que en lo que respecta al alcance de los adjetivos de "daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente natural", de acuerdo con el comentario en mención sobre el DIH, este es de un nivel de exigencia alto y su interpretación estricta. Es decir que, en lo atinente al componente temporal, la duración del daño debe reflejarse en décadas.[24]

Plantea además que este umbral alto obedece al carácter absoluto de la norma, en el entendido de que no admite excepciones ni defensas en contrario, como lo sería actuar bajo necesidad militar o estar amparado por la ocurrencia de un daño incidental no excesivo, como sí aplicaría con la norma 43 del DIH, que literalmente señala:

> Los principios generales sobre la conducción de las hostilidades se aplican al medio ambiente natural: A. Ninguna parte del medio ambiente natural puede ser atacada, a menos que sea un objetivo militar. B. Queda prohibida la destrucción de cualquier parte del medio ambiente natural, salvo que lo exija una necesidad militar imperiosa. C. Queda prohibido lanzar ataques contra objetivos militares de los que quepa pre-

[22] International Court of Justice, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion of July 8, 1996. Request, Written and Oral Proceedings, Letters and written Statements of Different Governments. Disponible en: https://www.icj-cij.org/case/95.

[23] *Ibid.*, p. 172.

[24] *Ibid.*, p. 176, citando la Conferencia del Comité de Desarme, Acuerdo interpretativo relativo al artículo I de la Convención sobre la Prohibición del Uso de Técnicas de Modificación del Medio Ambiente con Fines Militares o con cualquier otro Fin Hostil (ENMOD - Environmental Modification Convention).

ver que causen daños incidentales al medio ambiente natural que sean excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa prevista.[25]

En relación con el crimen de guerra contemplado en el ER, se encuentra la posibilidad de escenarios en los que existiendo "daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente natural", pueden presentarse las defensas señaladas. Lo cierto es que la descripción del tipo penal aclara que, para estar frente al crimen de guerra como tal, debe tratarse de un daño con esas características, que contemple tal magnitud que, *per se*, exceda "la ventaja militar concreta y directa de conjunto prevista". En otras palabras, si el daño de tales características no excede la ventaja militar en particular, dado el contexto en el que se presenta su ocurrencia, no se está frente al crimen de guerra.

Para mayor claridad sobre qué debe entenderse por "ventaja militar concreta y directa de conjunto", los Elementos de los crímenes, en su nota al pie 36, señalan:

> … se refiere a una ventaja militar que fuera previsible por el autor en el momento correspondiente. Tal ventaja puede, temporal o geográficamente, estar o no relacionada con el objeto del ataque. El hecho de que en el contexto de este crimen se admita la posibilidad de lesiones o daños incidentales legales no justifica en modo alguno una violación del derecho aplicable en los conflictos armados. No se hace referencia a las justificaciones de la guerra ni a otras normas relativas al *jus ad bellum*. La norma recoge el requisito de proporcionalidad inherente a la determinación de la legalidad de una actividad militar en el contexto de un conflicto armado.[26]

De lo anterior, es claro entonces que, según los redactores del ER, de los Elementos de los crímenes y los 123 Estados parte del mencionado tratado, pueden presentarse daños ambientales que estén justificados por la ventaja militar, prevista bajo el concepto de daño incidental. Sin embargo, también es cierto que hay eventos en que la magnitud del daño extenso, duradero y grave comporta un manifiesto exceso frente a la ventaja militar, evento en el cual se está ante el crimen de guerra y sin amparo de dicha defensa.

Por otra parte, otra fuente secundaria que puede ser de utilidad para la determinación y el alcance de conductas generadoras de daños medioambientales, que eventualmente pueden constituir un crimen de guerra, son las *Directrices sobre la protección del medio ambiente natural en conflictos armados*.[27]

---

[25] Comité Internacional de la Cruz Roja, Normas del Derecho Internacional Consuetudinario. Norma 45, *op. cit*.

[26] Comisión Preparatoria de la Corte Penal Internacional, Elementos de los crímenes, U.N. Doc. PCNICC/2000/1/Add.2, 2000. Disponible en: https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/Publications/Elementos-de-los-Crimenes.pdf, artículo 8 2) b) iv) numeral 2, nota al pie 36.

[27] Comité Internacional de la Cruz Roja, *Directrices sobre la protección del medio ambiente natural en conflictos armados: Normas y recomendaciones relativas a la protección del medio ambiente natural en virtud del derecho internacional humanitario, con comentario*, Ginebra, CICR, 2020.

En 2020, el CICR actualizó dichas *Directrices*, refiriendo las normas relativas a la protección específica general del medio ambiente natural en virtud del DIH; la protección del medio ambiente natural en virtud de las normas relativas a armas específicas; y el respeto, la aplicación y difusión de las normas del DIH que protegen el medio ambiente natural.[28]

Respecto al tercer grupo de normas, esto es, las relativas a armas específicas, en particular la referente a la prohibición del empleo de veneno y de armas envenenadas (norma 19), el comentario del CICR evidencia el carácter de crimen de guerra de esta conducta y su tipificación en el ER, tanto en el texto original del tratado para crímenes cometidos dentro del contexto de CAI, en el artículo 8.2 literal b (xvii), como en su versión enmendada, para las mismas conductas criminales en el marco de un CANI, según lo dispuesto en la enmienda resultante de la primera conferencia de revisión del Estatuto que se adelantó en Kampala (Uganda), en 2010.

Por su parte, en cuanto al respeto, la aplicación y difusión de las normas del DIH que protegen el ambiente natural, las directrices refieren la norma 28 sobre la represión de los crímenes de guerra que atañen al medio ambiente natural –circunscribiendo los consagrados en el Estatuto de Roma–, donde se contempla el deber de los Estados de investigar la comisión de dichos crímenes, incluyendo los relativos al ambiente natural, y de procesar a los responsables, aun tratándose de responsabilidad del superior por omisión.

En particular, frente a los crímenes contemplados en el ER, las *Directrices* del CICR destacan el crimen de guerra cometido dentro del CAI relativo al lanzamiento intencional de un ataque a sabiendas de que causará, entre otras, "daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente natural, que serían manifiestamente excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa de conjunto que se prevea" (art. 8.2, lit. b, num. iv), advirtiendo el carácter ecocéntrico y no antropocéntrico de la conducta típica, pues no exige el vínculo causal entre la ocurrencia del daño sobre una persona y la determinación de responsabilidad penal. Aunado a lo anterior, enlista otras conductas contempladas en el artículo 8 del Estatuto de Roma, tanto en contexto de CAI como de CANI, que indirectamente redundan en la protección del medio ambiente, aunque no se refieran en un primer escenario a este.[29]

A su vez, menciona como caso exitoso de enjuiciamiento por crímenes de guerra que de manera indirecta protegen el medio ambiente natural el relativo a Alfred Jodi, quien para el momento de la comisión de la conducta era jefe de Operaciones del Alto Mando de las Fuerzas Armadas y fue hallado responsable

[28] *Idem*.

[29] En contextos de CAI, el comentario alude a conductas contempladas en el artículo 8.2, literal a, numeral iv, y literal b, numerales ii, v, viii, xvi, xvii y xviii. En contextos de CANI, refiere a las consagradas en el artículo 8.2, literal e, numerales v, xii, (xiii y xiv.

de los cuatro cargos por los que fue acusado ante el Tribunal Militar Internacional de Núremberg.

En particular, en la sección de los cargos de crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra, en la sentencia se hace referencia, entre otras conductas, a la quema de las casas de personas que habitaban el norte de Noruega, previa orden de evacuación proferida por el condenado y emitida a través de teletipo, el 28 de octubre de 1944, con la finalidad de evitar un eventual apoyo de la población a los rusos.

Si bien en la sentencia no se especifica si la conducta constituye un crimen de lesa humanidad o uno de guerra, debe tenerse en cuenta que, de acuerdo con el artículo 6, literal b, del Acta de Londres, en lo relativo a las conductas ilustrativas de las violaciones de las leyes y usos de la guerra –como se describen los crímenes de guerra en dicho instrumento–, lo sucedido podría enmarcarse dentro de la conducta de destrucción arbitraria de ciudades o pueblos y la devastación no justificada en la necesidad militar.[30]

Lo anterior, a pesar de que en el escrito de acusación no se incluye este incidente dentro de las ilustraciones que trajo la Fiscalía, pero que refieren destrucciones ocurridas en distintas áreas de Noruega y que, al parecer de la Fiscalía, implicaban violaciones de 1) el derecho internacional consuetudinario –leyes y usos de la guerra–; 2) el derecho internacional convencional –artículos 46 y 50 de las Regulaciones de La Haya de 1907–; y 3) los principios generales del derecho nacional.[31]

Aplicación de crímenes de guerra por daños medioambientales cometidos en el contexto de CANI, en el orden doméstico

Lo referido anteriormente, sin embargo, no es desalentador, pues existen ordenamientos jurídicos internos que, en su proceso de implementación del derecho penal internacional o en contextos particulares de justicia transicional,[32] han remitido a los Estatutos de los distintos tribunales penales internacionales, así como al derecho internacional consuetudinario, a partir de lo cual tales crímenes pueden ser investigados y juzgados de manera doméstica.

Así, en el caso colombiano, es relevante citar el "Informe sobre imputación de daños medioambientales ante la Jurisdicción Especial para la Paz",[33] que trae a colación el crimen de guerra referido *supra*, y contemplado en el artículo 8.2,

---

30 Acta de Londres de 8 de agosto de 1945, artículo 6, literal b.

31 Trial of the Major War Criminals before the International Military Tribunal, Núremberg, 14 November 1945-1 October 1946, 1947, p. 61.

32 Como en el caso colombiano.

33 Mathew Gillet y Marina Lostal, "Informe sobre imputación de daños medioambientales ante la Jurisdicción Especial para la Paz", en Reflexión Informada, n.° 11, 2023, Instituto Colombo-Alemán para la Paz, CAPAZ, 2023.

literal b (iv), del ER. Al respecto, si bien se advierte que la conducta tipificada en dicho apartado es aplicable, a los efectos del mencionado tratado, únicamente en contextos de conflictos armados internacionales, resalta lo dispuesto por el artículo 10 del mismo instrumento, en el entendido de que los negociadores y redactores del tratado entendieron que el Estatuto no pretendía ser omnicomprensivo de las conductas constitutivas de crímenes de derecho internacional, con lo que el artículo señalado hace la salvedad de que pueden existir otras normas de derecho penal internacional sustancial contenidas en otros instrumentos existentes o derivadas de otras fuentes de derecho internacional. En palabras de los autores del Informe, la aplicación de esta conducta podría extenderse a un contexto de CANI, a partir del desarrollo de derecho internacional consuetudinario.

Ahora bien, en cuanto al problema jurídico relativo a si una conducta que implica la violación del ambiente, y que es considerada por el derecho interno como contraria a las personas y bienes protegidos por el DIH, puede constituir un crimen de guerra, los autores del Informe encuentran que para responder esta cuestión se puede acudir a los criterios decantados por la Sala de Apelaciones del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia (TPIY) en el caso Tadic, en la decisión relativa a las cuestiones de jurisdicción y competencia del Tribunal, a partir de la moción interpuesta por la Defensa.[34]

En efecto, en dicha ocasión, la Sala definió cuatro requisitos para que una conducta pueda ser juzgada a partir del artículo 3 del Estatuto del TPIY, que a su tenor reza: "Artículo 3: Violaciones a las leyes y costumbres de la guerra. El Tribunal Internacional tendrá competencia para enjuiciar a las personas que violen las leyes o usos de la guerra. Esas violaciones incluyen, pero no se limitan a: (…)".

En otras palabras, la Sala refirió cuatro condiciones para que una conducta constitutiva de violación del DIH sea considerada un crimen de guerra, enunciándolas de la siguiente manera:

1. La violación debe constituir una infracción a una norma del derecho internacional humanitario;
2. La norma, por su naturaleza, debe ser costumbre, o si pertenece al derecho de los tratados, deben cumplirse las condiciones necesarias (para su aplicación);
3. La violación debe ser "seria", es decir, debe constituir una infracción de una norma que proteja valores importantes y que involucre graves consecuencias para la víctima;

[34] International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, Appeals Chamber, Prosecutor v. Dusko Tadic, Decision on the Defence on Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 2 October 1995.

4. La violación de la norma debe implicar, bajo el derecho consuetudinario o convencional, la responsabilidad penal de la persona que viola la norma.

En consecuencia, en el Informe se propone la aplicación de estos cuatro requisitos para determinar si una conducta atentatoria contra el ambiente, que se constituya a su vez en violación del DIH, es solamente una conducta prohibida dentro de la guerra o tiene, a su vez, el carácter de crimen de guerra. Una cuestión similar fue definida por el Tribunal de Nüremberg, al enfrentarse al interrogante de si una guerra de agresión constituía solamente una conducta prohibida para los Estados, conforme a lo dispuesto en instrumentos internacionales como el Pacto Briand-Kellog o si, a partir de la costumbre internacional, ya había adquirido el carácter de crimen, que sustentara no solo la responsabilidad internacional del Estado sino también la del individuo.[35]

En el caso colombiano, el asunto a ser definido por la JEP es más específico, pues, en principio, la existencia de la conducta típica no está en discusión,[36] sino que más bien gira en torno al carácter de crimen de derecho internacional, lo que tiene implicaciones como la imprescriptibilidad, pero, sobre todo, para el caso de la JEP, la improcedencia de la amnistía. Esto, advirtiendo que, por un lado, son parámetros internacionalmente aceptados por los Estados, que los crímenes de derecho internacional son imprescriptibles, como se contempla, por ejemplo, en el Estatuto de Roma, en la "Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad", así como en la norma 160 de DIH consuetudinario, derivada de la práctica y *opinio iuris sive necessitatis* de los Estados, en contextos de conflictos armados de carácter internacional y no internacional. Por otro lado, pues, además de los lineamientos internacionales,[37] particularmente en Colombia, dentro del SIVJRNR, se prohíbe expresamente la concesión de amnistía para las conductas constitutivas de estos crímenes, como en el artículo 42 de la Ley 1957 de 2019, que a su tenor señala: "No serán objeto de amnistía ni indulto ni de beneficios equivalentes los delitos de lesa humanidad, el genocidio, los crímenes de guerra".

De esta manera, y en aplicación del referido "test" Tadic, fue como la Sala de Reconocimiento de Verdad, Responsabilidad y Determinación de los Hechos y Conductas (SRVR) abordó el problema jurídico de la caracterización de las conductas priorizadas en la situación territorial en la región del norte del

---

[35] International Military Tribunal (Nüremberg), Judgment of October 1, 1946. Disponible en: ICC Legal Tools: https://www.legal-tools.org/doc/45f18e/pdf/.

[36] Como puede ser a partir de lo consagrado en los artículos 164 y 333 del Código Penal colombiano, relativos a la "Destrucción del medio ambiente" y los "Daños en los recursos naturales y Ecocidio", respectivamente.

[37] Ver, por ejemplo, International Committee of the Red Cross, *Commentary on the First Geneva Convention*, 2nd ed., Cambridge University Press, 2016.

Cauca y del sur del Valle del Cauca, así como en los municipios de Tumaco, Ricaurte y Barbacoas de Nariño, en los casos 05 y 02, respectivamente. La mayoría de la Sala, en ambos escenarios, encontró que algunas de dichas conductas constituían crímenes no amnistiables.

Así, en el Auto 01 de 1 de febrero de 2023, de Determinación de Hechos y Conductas dentro del Macrocaso 05, la Sala concluyó que "los daños ambientales cometidos por las FARC-EP en los municipios priorizados […] se pueden calificar como el crimen de guerra" de destruir bienes de un adversario, contemplado en el artículo 8.2, literal e, numeral xii del ER, y el crimen de lesa humanidad de persecución.[38] Con respecto al primero, la SRVR precisó que desde el inicio de las FARC-EP, esta contempló como objetivo atacar al Estado, concluyendo que "el ataque a los recursos naturales implica también un ataque al Estado entendido como adversario en el conflicto armado".[39]

Al respecto, vale la pena tener en cuenta que, de acuerdo con el derecho internacional, dentro de los elementos del Estado está el territorio, el cual, para efectos de Colombia, se encuentra contemplado en el artículo 101 de la Constitución Política, que aclara, en el artículo 102, que "[e]l territorio, con los bienes públicos que de él forman parte, pertenece a la Nación". Estas disposiciones constitucionales soportan la afirmación hecha por la Sala, que permite considerar el ambiente natural colombiano atacado por las entonces FARC-EP como un bien del adversario, cuestión que, como se verá más adelante, a partir de la referencia a los salvamentos de voto al Auto de Determinación de Hechos y Conductas del Macrocaso 05, no es pacífica.

En este sentido, cuando el mencionado Informe hace referencia al artículo 8.2, literal e, numeral xii del ER sobre el crimen de guerra dentro del que se enmarca un daño medioambiental en un CANI, indica que esta es la disposición del Estatuto que más se ajusta a este tipo de daños dentro del mencionado contexto y refiere una serie de requisitos para su enjuiciamiento, como que la característica ambiental que ha sufrido el daño sea susceptible de considerarse "propiedad"; demostrar que esta propiedad pertenezca al adversario; y que los bienes están protegidos por el DIH. Respecto a este último, los autores del Informe aclaran que en el Protocolo Adicional II a los Convenios de Ginebra de 1949, no se encuentra una disposición que enliste o ilustre los bienes que, en contexto de CANI, están bajo dicha protección. Sin embargo, señalan que en el

[38] JEP, Sala de Reconocimiento de Verdad, Responsabilidad y Determinación de los Hechos y Conductas, Auto 01 de febrero de 2023; Auto de Determinación de Hechos y Conductas dentro del Caso 05 "Situación territorial en la región del Norte del Cauca y del Sur del Valle del Cauca" frente al primer grupo de comparecientes de las CM Jacobo Arenas y Gabriel Galvis, párrafos 1005 y 1027.

[39] *Ibid.*, párrafo 1029.

caso Katanga ante la CPI se da claridad al respecto, advirtiendo la relevancia de que el contexto de dicho caso es el de un CANI.

En efecto, en la sentencia[40] del mencionado caso ante la CPI, la Sala de Juicio señala que para que la propiedad se entienda protegida por el DIH y, en ese sentido, esté bajo la descripción del numeral referido en el artículo 8.2, literal e, no debe constituir un objetivo militar. Para estos efectos, acude a la definición del artículo 52.2 del Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra de 1949, indicando que, a partir de esta, es relevante determinar la ventaja militar desde la perspectiva de quien comete el ataque y en relación con cada uno de los objetos a los que este se dirige, tratándose de una ventaja definitiva y no potencial o indeterminada y sin que medie una necesidad militar, la cual excluiría la configuración de la conducta criminal.[41]

Siguiendo el precedente del Caso 05, la SRVR, en el marco del Caso 02, acudió al test Tadic del TPIY para determinar la ocurrencia de un crimen de guerra, concluyendo que las conductas que dentro de la plataforma fáctica implicaron daños ambientales, constituyen el crimen de guerra relativo al lanzamiento intencional de un ataque, a sabiendas de que causaría daños a bienes de carácter civil o daños extensos, duraderos y graves al ambiente natural, manifiestamente excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa de conjunto que previó.[42]

Al respecto, concluye, por ejemplo, que los vertimientos de petróleo que se generaron con ocasión de las acciones bélicas de las FARC-EP, adelantadas de manera indiscriminada y significativa, en los municipios de Tumaco, Ricaurte y Barbacoas –dentro del periodo priorizado–, causaron daños graves, extensos y duraderos, y violaron principios del DIH, como el de proporcionalidad, distinción y necesidad militar.[43] A su vez, encontró que los ataques a los oleoductos y los daños ocasionados por la minería criminal en los municipios que abarca el macrocaso, constituyen adicionalmente el crimen de guerra relativo a la destrucción de bienes culturales o lugares de culto.[44]

Ahora bien, aunque estas posturas reflejan la posición mayoritaria de la SRVR, lo cierto es que no son unánimes. El Auto 01 de 2023 por el que se determinan los hechos y conductas dentro del Caso 05, frente al primer grupo de

---

[40] International Criminal Court, Trial Chamber II, Judgment pursuant to article 74 of the Statute, in the Situation in the Democratic Republic of the Congo in the caso of the Prosecutor v. Germain Katanga, 7 March, 2014, ICC-01/04-01/07, párrafos 893 y 894.

[41] Para la definición de necesidad militar, la CPI acude al artículo 14 del Código Lieber de 1863.

[42] JEP, Sala de Reconocimiento de Verdad, Responsabilidad y Determinación de los Hechos y Conductas, Auto 03 de 5 de julio de 2023; Auto de Determinación de Hechos y Conductas dentro del Caso 02 "Situación territorial de los municipios de Tumaco, Ricaurte y Barbacoas del departamento de Nariño, que incluye los hechos presuntamente cometidos por miembros de la extinta guerrilla de las FARC-EP, de la Fuerza Pública, y de aquellos terceros voluntariamente sometidos ante la jurisdicción, entre 1990 a 2016, párrafos 1005 y 1027.

[43] *Ibid*., párrafos 1740 a 1760.

[44] Para una profundización, ver *Ibid*., párrafos 1769 a 1801.

comparecientes de las columnas móviles de las otrora FARC-EP Jacobo Arenas y Gabriel Galvis, cuenta con tres salvamentos parciales y dos aclaraciones de voto. En lo que respecta a las posturas disímiles sobre el aspecto en cuestión, se advierten críticas a lo que se ha considerado un nuevo crimen de afectación al ambiente natural, entendido como inexistente en el DPI, para el momento en que se cometieron las conductas, vulnerando así los principios de legalidad y de la amnistía más amplia posible a la terminación del conflicto, en tanto, por un lado, encuentran que la destrucción del ambiente natural como crimen de guerra, a partir del artículo 8.2, literal b, numeral iv del Estatuto de Roma, es aplicable únicamente en conflictos armados de carácter internacional y no en CANI. Por otro lado, afirman que considerar el ambiente natural como un bien es contrario al reconocimiento de la personalidad jurídica del territorio y, finalmente, la aplicación del test Tadic para determinar la existencia de un crimen de guerra requiere que la conducta haya generado responsabilidad internacional derivada del derecho internacional convencional o consuetudinario.[45]

A su vez, en otra posición discordante con la mayoría, se considera que el Auto 01 realiza un "reforzamiento interpretativo" del delito nacional de destrucción de la naturaleza para sustentar su imputación como crimen de derecho internacional –particularmente, crimen de guerra–, el cual presenta "ambigüedades y vacíos que vulneran principios esenciales de la administración de justicia en la JEP".[46] Así, se afirma que, al buscar responder a la cuestión de si existe un crimen de guerra –en contexto de CANI–, de afectación al ambiente natural, la mayoría acudió al derecho colombiano, en una interpretación reforzada del artículo 164 de la Ley 599 de 2000 como crimen de guerra, para imputar conductas que de manera expresa no están tipificadas en tratados internacionales, desconociendo el principio de la amnistía más amplia posible.

A su parecer, por un lado, los argumentos usados para ello, no se sostienen, pues, en suma, la conciencia a nivel mundial sobre la necesidad de protección del ambiente natural, materializada en el derecho internacional convencional y consuetudinario, no alcanza para considerar la conducta que lo genera como un crimen de guerra dentro de un CANI. De esta manera, manifiesta que al hacer la imputación por este crimen, el Auto de Determinación de Hechos y Conductas en el Caso 05 flexibiliza el principio de *lex certa*, sin haber realizado una –requerida– ponderación entre las afectaciones a dicho principio "y sus consecuencias sobre las garantías al debido proceso […] con los principios

[45] Salvamento parcial de voto de la magistrada Julieta Lemaitre Ripoll al Auto 1 de 2023. Cabe advertir que hay una cuarta razón que se plantea en el salvamento, pero esta va más encaminada a atacar la imputación por la falta de conexión entre la degradación del ambiente natural y las conductas concretas de los comparecientes.

[46] Salvamento parcial de voto de la magistrada Catalina Díaz Gómez al Auto 1 de 2023.

sustantivos de administración de justicia en la Jurisdicción que se verían gravemente afectados si no se incurriese en la (referida) flexibilización".

Por otro lado, califica como riesgoso acudir al test Tadic sin justificar la legitimación de su uso de conformidad con los principios de administración de justicia de la JEP y, en el caso en concreto, sin haber realizado una verificación del último requisito de dicho test, unido a falencias demostrativas sobre la correspondencia causal entre los daños al ambiente natural documentados en el Caso 05 y las conductas violatorias de la norma 43 de derecho internacional consuetudinario, del estudio del CICR.

Aunado a lo anterior, en lo que respecta a la interpretación del artículo 164 del Código Penal colombiano, conforme al crimen de guerra de destrucción o apoderamiento de bienes del enemigo sin ventaja militar (artículo 8.2, literal e, numeral xii del ER), considera que en el caso en concreto no están demostrados los elementos de dicha conducta, debiendo verificarse, entre otras cuestiones, que los ataques dirigidos al ambiente natural tenían "el propósito de destruir un bien considerado fundamental para el adversario".

Finalmente, encuentra que la "subsunción de las conductas bajo el crimen de destrucción del medio ambiente como crimen de guerra es inadecuada" y que la decisión mayoritaria "afecta la consistencia interpretativa de la JEP". Lo primero, por cuanto no se demuestra que el ambiente natural fuera considerado por las otrora FARC-EP como un bien del adversario (Estado), atacado para "disminuir ilegítimamente la capacidad de combate del" enemigo, y porque hay contradicción entre considerar el ambiente natural como un bien, al mismo tiempo que víctima, con lo que, en últimas, al no estar demostrados los elementos del crimen, no quedan suficientemente sustentadas las imputaciones realizadas y se llega a una "expansión injustificada de la responsabilidad penal individual de los comparecientes". Lo segundo, por cuanto la interpretación mayoritaria que permitió subsumir el delito nacional de destrucción al ambiente natural, dentro de un crimen de guerra cometido en contexto de un CANI, es contrario a la interpretación que se ha hecho desde la JEP a los criterios de conexidad de los delitos comunes con los políticos, a partir del artículo 23, literal c, de la Ley 1820 de 2016.

En un tercer y último salvamento de voto al referido Auto de Determinación de Hechos y Conductas del Macrocaso 05,[47] se presentan coincidencias con el salvamento referido anteriormente, al señalar que el cuarto criterio del test Tadic no fue debidamente sustentado en el caso en concreto, con lo que, aunque considera que en lo que respecta a la conducta relativa a la minería ilegal sí pudiera –eventualmente– verse satisfecho dicho elemento, valiéndose del derecho interno, no se procedió con arreglo a la argumentación correspondiente,

[47] Salvamento parcial de voto de la magistrada Lily Andrea Rueda Guzmán al Auto 01 de 2023.

de conformidad con las normas consuetudinarias de DIH, números 43 y 45 del estudio del CICR. A su vez, encuentra como falencia del Auto, que los hechos determinados por la mayoría de la SRVR para configurar el delito de destrucción del medio ambiente como crimen de derecho internacional, "no se corresponden con la descripción típica de la conducta",[48] en tanto, en su opinión, no es posible calificar la minería ilegal o los cultivos de uso ilícito como medios o métodos de guerra prohibidos por el DIH. Por último, coincidente con lo planteado en los salvamentos anteriormente referidos, encuentra incoherente la consideración del ambiente natural como un bien protegido por el DIH y, a su vez, como una víctima del CANI.

De esta manera, es claro que las posiciones no son unánimes y que todavía hay mucho que discutir y decantar al respecto, lo cual concuerda con el hecho de que son cuestiones que hasta ahora se están empezando a abordar, pero, a su vez, refleja la relevancia de profundizar sobre ellas, sin desconocer que, *per se*, ya es un avance bastante relevante que se esté analizando el asunto, en procura del cumplimiento de los objetivos y principios del SIVJRNR y de conformidad con lo establecido en el Acuerdo Final de Paz.

Conclusión y retos

Los crímenes ambientales no han sido reconocidos como una categoría –independiente– de crímenes del derecho internacional para ser procesados dentro del contexto de la CPI. La aproximación más directa que existe al respecto es la consagrada en el artículo 8.2, literal b, numeral iv del ER, relativa al crimen de guerra de lanzar intencionalmente un ataque "a sabiendas de que causará […] daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente natural que serían manifiestamente excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa de conjunto que se prevea". Si bien dicha tipificación no demanda la conexidad del daño al ambiente con uno ocasionado al ser humano, lo cierto es que hace parte de la categoría de los crímenes de guerra y, en particular, de aquellos contemplados por el ER como posiblemente cometidos en el contexto de un CAI.

No obstante, los parámetros establecidos por el DPI y el DIH han sido observados por la SRVR de la JEP para integrar el enfoque territorial y ambiental, y reconocer el daño ambiental en sus decisiones judiciales. Esto, teniendo en cuenta que a nivel interno la discusión no recae sobre la tipicidad de la conducta, sino sobre su naturaleza de crimen de derecho internacional.

Así las cosas, esta importante línea jurisprudencial que se inició recientemente con la decisión de la SRVR de febrero de 2023, siguiendo el precedente del TPIY, es de relevante significado, ya que permite la integración de la responsabilidad penal del individuo por daños ambientales en el componente de

[48] *Idem.*

justicia del SIVJRNR, superando los obstáculos internacionales que se expusieron *supra* e integrando un enfoque territorial que, como se dijo en la introducción, obedece a un principio transversal al Acuerdo de Paz.

Ante este escenario, se abre la posibilidad de profundizar en la forma en que el daño ambiental en contextos de CANI puede ser objeto de decisiones judiciales que determinen la responsabilidad penal individual y que complementen la línea jurisprudencial que ha desarrollado el ordenamiento jurídico colombiano en materia de responsabilidad civil y del Estado frente al daño ambiental.

Así las cosas, es evidente la necesidad tanto en el ámbito doméstico como en el internacional de contemplar el daño ambiental en las decisiones judiciales. En este sentido, a nivel internacional, la discusión es amplia y los parámetros fijados por la CPI y el CICR son de gran utilidad para el desarrollo doméstico. Por todo lo anterior, se evidencia un camino claro para que la JEP responda a la necesidad inminente de incluir el daño ambiental en los procesos de su competencia.

Bibliografía

Álvarez Santoyo, Giovanni, *El Ambiente como víctima silenciosa. Un diagnóstico de las afectaciones en el posacuerdo de paz (2017-2022)*, Bogotá, JEP, Unidad de Investigación y Acusación, 2022.

Carabaly-Cerra, Cristian, "La disminución del deber de reparar en la sanción por daño en el marco de la Ley 1333 de 2009", en Andrés Gómez Rey y Gloria Amparo Rodríguez (eds.), *Régimen sancionatorio administrativo ambiental en Colombia. Aportes para su implementación*, Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez, 2018.

Consejo Nacional Indígena de Paz, *Ustedes Misión, son fuego, agua, viento y plantas*, Bogotá, Ediciones Ántropos Ltda., CNIP, ONIC, AICO, CIT, OPIAC, 2007.

Freeland, Steven, *Crimes against the environment and international criminal law*, London, International Bar Association, 2015.

Fundación Hemera, *Tensa calma en la Sierra: el caso del pueblo kankuamo. Informe sobre la situación de derechos humanos del pueblo kankuamo de la Sierra Nevada de Santa Marta, período 2003-2006*, Bogotá, Fundación Hemera, 2006.

Gillet, Mathew y Marina Lostal, "Informe sobre imputación de daños medioambientales ante la Jurisdicción Especial para la Paz", en *Reflexión Informada, n.°* 11, 2023, Bogotá, Instituto Colombo-alemán para la Paz (Capaz).

Henckaerts, Jean-Marie y Louise Doswald-Beck, *El derecho internacional humanitario consuetudinario*, Ginebra, Comité Internacional de la Cruz Roja, 2007.

Klamber, Mark, *Commentary on the Law of the International Criminal Court*, Brussels, Torkel Opsahl Academic EPublisher, 2017.

Lawrence, Jesisca C. y Kevin Jhon Heller, "The limits of article 8(2)(B)(Iv) of The Rome Statute, the first ecocentric environmental war crime", *Georgetown International Environmental Law Review*, v. 20, 2007. Disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=979460.

Pico Zúñiga, Fernando Andrés, "Aproximación al estudio del daño extrapatrimonial en la responsabilidad civil derivada del daño ambiental", en Gloria Amparo Rodríguez e Iván Vargas-Chaves (eds.), *Perspectivas de responsabilidad por daños ambientales en Colombia*, Bogotá, Editorial Universidad del Rosario, 2015.

Rodríguez, Gloria Amparo e Iván Vargas Chaves, "Reflexiones preliminares sobre la responsabilidad por daños ambientales", en Gloria Amparo Rodríguez e Iván Vargas Chaves (eds.), *Perspectivas de responsabilidad por daños ambientales en Colombia*, Bogotá, Editorial Universidad del Rosario, 2015.

Rodríguez, Gloria Amparo, "Conflictos sociales, ambientales y culturales en el 'Corazón del Mundo': la Sierra Nevada de Santa Marta (Colombia)", en Alexandra Mora Rodríguez, Edgar Ricardo Naranjo Peña, Gloria Amparo Rodríguez y Ángela Santamaría Chavarro (eds.), *Conflictos y judicialización de la política en la Sierra Nevada de Santa Marta,* Bogotá, Editorial Universidad del Rosario, 2010.

Viney, Geneviève, *L'introduction en droit français de la directive européenne du 25 juillet 1985 relative à la responsabilité de produits défectueux*, Lyon, Recueil Dalloz, 1998.

Legislación y jurisprudencia

Comité Internacional de la Cruz Roja, Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, Nuremberg, 1945.

Comité Internacional de la Cruz Roja, *Directrices sobre la protección del medio ambiente natural en conflictos armados: normas y recomendaciones relativas a la protección del medio ambiente natural en virtud del derecho internacional humanitario, con comentario*, Ginebra, CICR, 2020.

Consejo de Estado, Sección Primera, Sentencia de 14 de septiembre de 2000, Exp. 4228.

Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 7 de mayo de 1998, Exp. 14297.

Corte Constitucional, Sentencia SU-445 de 16 de octubre de 2020, M. P. Antonio José Lizarazo Ocampo.

Corte Constitucional, Sentencia C-595 de 27 de julio de 2010, M. P. Jorge Iván Palacio Palacio.

Corte Constitucional, Auto 004 de 26 de enero de 2009, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

Corte Constitucional, Sentencia SU-383 de 13 de mayo de 2003, M. P. Álvaro Tafur Galvis.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 16 de mayo de 2011, M. P. William Namén Vargas.

Jurisdicción Especial para la Paz, Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas, Auto 03 de 5 de julio de 2023 del Caso 02: "Situación territorial de los municipios de Tumaco, Ricaurte y Barbacoas del departamento de Nariño".

Jurisdicción Especial para la Paz, Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas, Auto 01 de febrero de 2023 del Caso 05: "Situación territorial en la región del Norte del Cauca y del Sur del Valle del Cauca".

International Criminal Court, Trial Chamber II, Judgment pursuant to article 74 of the Statute, in the Situation in the Democratic Republic of the Congo in the case of the Prosecutor v. Germain Katanga, 7 March 2014.

International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, Appeals Chamber, Prosecutor v. Dusko Tadic, Decision on the Defense on Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 2 October 1995.

Organización de las Naciones Unidas, Estatuto de Roma, 17 de julio de 1998.

9

Los daños contra la naturaleza y su reconocimiento como víctima en la Jurisdicción Especial para la Paz. Perspectiva desde los crímenes de guerra

‹**RAÚL EDUARDO SÁNCHEZ SÁNCHEZ**› Magistrado de la Sección de Primera Instancia para Casos de Ausencia de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad
‹**CARLOS FONSECA SÁNCHEZ**› Profesional especializado Grado 33, Sección de Primera Instancia para Casos de Ausencia de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad

Resumen: Este artículo evidenciala manera en que la destrucción de la naturaleza, la madre tierra, ha sido tratada en el derecho constitucional colombiano, en el derecho internacional humanitario (DIH), en el derecho penal internacional (DPI) y en el derecho penal colombiano. El texto expone que la naturaleza, previamente reconocida como sujeto de derechos, también es víctima de los crímenes cometidos en el conflicto armado colombiano, como lo han señalado las decisiones de la Sala de Reconocimiento de la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP) en los casos 02 y 05. Los autores defienden la tesis de que, de conformidad con la potestad de calificación jurídica propia, la JEP debe considerar la destrucción de la Madre Tierra como un crimen de guerra aplicable al conflicto armado colombiano. Solo así, sostienen, se aplican materialmente los enfoques ambiental, étnico y territorial que rigen a la Jurisdicción.

Palabras clave: crímenes ambientales; naturaleza como víctima; crímenes de guerra; medio ambiente natural; destrucción de bienes del adversario; destrucción de bienes culturales.

Abstract: This article presents how the destruction of nature, Mother Earth, has been addressed by Colombian constitutional law, international humanitarian law, international criminal law and Colombian criminal law. The text argues that nature, previously recognized as a subject of rights, is also a victim of the crimes committed in the Colombian armed conflict, as has been noted in the decisions of the Recognition Chamber of the Special Jurisdiction for Peace (JEP) in Cases 02 and 05. The authors defend the thesis that, under its own powers of legal qualification, the JEP must consider the destruction of Mother Earth as a war crime applicable to the Colombian armed conflict. Only then, they argue, are the environmental, ethnic and territorial approaches that govern the Jurisdiction materially applicable.

Keywords: Environmental crimes; nature as victim; war crimes; natural environment; destroying the adversary's property; destruction of cultural property.

VOLVER A TABLA DE CONTENIDO

Introducción

Las más recientes decisiones de determinación de hechos y conductas en la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP) en los casos territoriales de Nariño (Caso 02) y del norte del Cauca y sur del Valle del Cauca (Caso 05) imputan la comisión de delitos contra el medio ambiente natural. Estos desarrollos en materia de justicia por crímenes atroces no se comprenden correctamente si no se entiende también el contexto en el que se enmarcan. El derecho colombiano está en un proceso –que inició antes de la jurisprudencia de la Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas (SRVR) de la JEP– en favor del reconocimiento de la naturaleza como un ser, como un sujeto de derechos, el cual es afectado por las actividades económicas y criminales de los seres humanos.

En el presente artículo buscamos plasmar la manera en que se pueden calificar en Colombia estas conductas como crímenes de guerra, no amnistiables por la JEP, de conformidad con las normas de implementación del Acuerdo Final entre el Gobierno nacional y las extintas FARC-EP. Desde nuestra perspectiva, la identificación del daño, la imputación de los crímenes y la rendición de cuentas por la violencia cometida contra la naturaleza (a la luz del DIH y DPI), o contra la madre tierra (según el derecho propio de los pueblos indígenas), es uno de los grandes aportes que la JEP hará a la justicia colombiana e internacional por crímenes atroces. Aunque la imputación es novedosa, los autores consideramos que esta respeta las garantías fundamentales de los comparecientes, pues con esta no se crea derecho, ni se aplican retroactivamente disposiciones penales, sino que se da una interpretación completa a los ordenamientos jurídicos internacional e interno, armonizando estos sistemas con los enfoques transversales que deben aplicar los jueces de la JEP. Desde una perspectiva académica, esto podría considerarse un "momento grociano" en el desarrollo de la comprensión de los crímenes de guerra y su ámbito de protección respecto de la madre tierra.

Nuestra exposición tendrá cuatro momentos. En primer lugar, abordaremos el tratamiento que el derecho constitucional ha dado a los derechos de la madre tierra, considerándola como sujeto de derechos. En segundo lugar, nos referiremos a los daños contra la madre tierra que fueron determinados por la Sala de Reconocimiento de la JEP en los casos 02 y 05. En tercer lugar, abordaremos las perspectivas que tienen el derecho internacional humanitario (DIH) y el derecho penal internacional (DPI) para referirse a los daños que se cometen en contra de la naturaleza. En cuarto lugar, expondremos la perspectiva del legislador nacional y el derecho penal doméstico sobre el asunto.

La naturaleza como sujeto de derechos

El reconocimiento del territorio y la naturaleza como sujeto de derechos y, en consecuencia, posible víctima por la violación de estos derechos, parte del

reconocimiento previo de la diversidad étnica y cultural, así como de la biodiversidad como principios fundamentales de la sociedad colombiana. El reconocimiento de la diversidad étnica y cultural hace parte del ordenamiento jurídico colombiano, en los artículos 7,[1] 63,[2] 70[3] y 329[4] de nuestra Constitución Política. Por otro lado, en el artículo 8[5] de la Constitución también se reconoce la obligación de proteger la naturaleza. Más adelante, el artículo 63 constitucional identifica al territorio y la naturaleza como bienes con niveles especiales de protección.[6] El artículo 79[7] señala que todos los habitantes del territorio colombiano tenemos derecho a gozar de un medio ambiente sano. Estas y otras[8] normas constitucionales han dado lugar a lo que la Corte Constitucional denomina la Constitución Ecológica.[9]

---

1 Constitución Política de Colombia, 1991, "Artículo 7. El Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana".

2 Constitución Política de Colombia, 1991, "Artículo 63. Los bienes de uso público, los parques naturales, las tierras comunales de grupos étnicos, las tierras de resguardo, el patrimonio arqueológico de la Nación y los demás bienes que determine la ley, son inalienables, imprescriptibles e inembargables".

3 Constitución Política de Colombia, 1991, "Artículo 70. El Estado tiene el deber de promover y fomentar el acceso a la cultura de todos los colombianos en igualdad de oportunidades, por medio de la educación permanente y la enseñanza científica, técnica, artística y profesional en todas las etapas del proceso de creación de la identidad nacional. La cultura en sus diversas manifestaciones es fundamento de la nacionalidad. El Estado reconoce la igualdad y dignidad de todas las que conviven en el país. El Estado promoverá la investigación, la ciencia, el desarrollo y la difusión de los valores culturales de la Nación".

4 Constitución Política de Colombia, 1991, "Artículo 329. La conformación de las entidades territoriales indígenas se hará con sujeción a lo dispuesto en la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial, y su delimitación se hará por el Gobierno Nacional, con participación de los representantes de las comunidades indígenas, previo concepto de la Comisión de Ordenamiento Territorial. Los resguardos son de propiedad colectiva y no enajenable. La ley definirá las relaciones y la coordinación de estas entidades con aquellas de las cuales formen parte.

Parágrafo. En el caso de un territorio indígena que comprenda el territorio de dos o más departamentos, su administración se hará por los consejos indígenas en coordinación con los gobernadores de los respectivos departamentos. En caso de que este territorio decida constituirse como entidad territorial, se hará con el cumplimiento de los requisitos establecidos en el inciso primero de este artículo".

5 Constitución Política de Colombia, 1991, "Artículo 8. Es obligación del Estado y de las personas proteger las riquezas culturales y naturales de la Nación".

6 Constitución Política de Colombia, "Artículo 63. Los bienes de uso público, los parques naturales, las tierras comunales de grupos étnicos, las tierras de resguardo, el patrimonio arqueológico de la Nación y los demás bienes que determine la ley, son inalienables, imprescriptibles e inembargables".

7 Constitución Política de Colombia, 1991, "Artículo 79. Todas las personas tienen derecho a gozar de un ambiente sano. La ley garantizará la participación de la comunidad en las decisiones que puedan afectarlo. Es deber del Estado proteger la diversidad e integridad del ambiente, conservar las áreas de especial importancia ecológica y fomentar la educación para el logro de estos fines".

8 Constitución Política de Colombia, 1991, artículos 49, 65, 80 y 98.

9 Corte Constitucional de Colombia, sentencias T-411 de 1992; T-380 de 1993; C-058 y C-375 de 1994; C-495, T-349 y T-496 de 1996; SU-039 de 1997; T-652, C-126 y C-596 de 1998; C-794 de 2000; C-150 de 2005; T-760 de 2007; C-595 y C-915 de 2010; T-608 y C-632 de 2011; C-331 y T-282 de 2012; T-736, T-806 y C-283 de 2014; C-449, C-699, T-080, C-094 y C-449 de 2015; T-095, C-259, C-389 y

En la Sentencia C-431 del año 2000, la Corte Constitucional estableció una serie de obligaciones en cabeza del Estado colombiano en relación con el medio ambiente natural:

> 1) proteger su diversidad e integridad, 2) salvaguardar las riquezas naturales de la Nación, 3) conservar las áreas de especial importancia ecológica, 4) fomentar la educación ambiental, 5) planificar el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales para así garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución, 6) prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental, 7) imponer las sanciones legales y exigir la reparación de los daños causados al ambiente y 8) cooperar con otras naciones en la protección de los ecosistemas situados en las zonas de frontera.[10]

La tendencia creciente hacia el reconocimiento de la importancia del medio ambiente, la relación de interdependencia que los seres humanos tenemos con la naturaleza y las obligaciones que tiene el Estado para su protección se afianzó con el reconocimiento del medio ambiente como sujeto de derechos en la Sentencia C-595 de 2010, la cual señaló que el medio ambiente es "un bien a proteger por sí mismo y su relación estrecha con los seres que habitan la tierra".[11] Al año siguiente, con la Sentencia C-632 de 2011, la Corte Constitucional reconoció expresamente que la naturaleza es sujeto de derechos.[12]

Tal vez el desarrollo constitucional más importante para la acreditación del territorio como víctima en la JEP es la Sentencia T-622 de 2016, en la cual la Corte Constitucional reconoció al río Atrato, su cuenca y afluentes como una "entidad sujeto de derechos a la protección, conservación, mantenimiento y restauración a cargo del Estado y las comunidades étnicas".[13] La Corte consideró que la protección del río era importarse por tratarse de una "entidad viviente compuesta por otras múltiples formas de vida y representaciones culturales".[14]

La jurisprudencia de la jurisdicción ordinaria no se ha quedado atrás en la protección de la naturaleza. En el año 2018, la Corte Suprema de Justicia determinó que la Amazonia colombiana también es sujeto de derechos y, por ende, "titular de la protección, de la conservación, mantenimiento y restauración" por parte del Estado y las entidades territoriales.[15] Otros tribunales y jueces han acompañado el esfuerzo por darle un lugar importante a la naturaleza, al

---

T-622 de 2016; T-325 y C-644 de 2017; C-048 de 2018 y C-032 de 2019. Véase también, Óscar Darío Amaya Navas, *La constitución ecológica de Colombia*, Bogotá, Editorial Universidad Externado de Colombia, 2016.

10 Corte Constitucional, Sentencia C-431 de 2000, reiterada en las sentencias T-154 de 2013, C-123 de 2014 y C-032 de 2019.

11 Corte Constitucional, Sentencia C-595 de 2010.

12 Corte Constitucional, Sentencia C-632 de 2011: "La naturaleza no se concibe únicamente como el ambiente y entorno de los seres humanos, sino también como un sujeto con derechos propios, que, como tal, deben ser protegidos y garantizados".

13 Corte Constitucional, Sentencia T-622 de 2016.

14 *Idem*.

15 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia 4360 del 5 de abril de 2018, p. 45.

declarar que el páramo de Pisba,[16] el río La Plata,[17] los ríos Coello, Combeima y Cocora,[18] el río Cauca,[19] el río Pance,[20] el río Otún[21] y el río Magdalena son sujetos de derechos.[22]

La protección de la naturaleza y el territorio adquiere mayor importancia y sentido cuando se entrelaza con la protección de la cultura y diversidad humanas. En especial, cuando se trata de la protección de los pueblos originarios, pues, para estos, el territorio no es simplemente un espacio. Por el contrario, la madre tierra es el ser que origina la vida y que le da sentido. Por lo anterior, algunas normas internacionales y domésticas se han referido a esta relación entre los dos ámbitos.

Desde 1989, el Convenio 169 de la OIT obligaba a los Estados a "tomar medidas […] para proteger y preservar el medio ambiente de los territorios" de los pueblos indígenas.[23] Numerosos instrumentos internacionales se han referido a la protección del medio ambiente como una obligación de los Estados, tanto desde la perspectiva del desarrollo sostenible, como desde enfoques ecocéntricos.[24] En 1992, 175 Estados suscribieron la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, la cual señalaba en su principio 13 que "los Estados deberán desarrollar la legislación nacional relativa a la responsabilidad y la indemnización respecto de las víctimas de la contaminación y otros daños ambientales".[25]

La Constitución le reconoce ciertas características particulares al territorio de los pueblos indígenas. En sus artículos 7, 63, 329 y 330, la carta dispone que la propiedad de los territorios de los pueblos étnicos es colectiva y no enajenable.

---

[16] Tribunal Administrativo de Boyacá, Sala de Decisión 3, Sentencia de Apelación del 9 de agosto de 2018, Exp. 15238 3333 002 2018 00016 01.

[17] Juzgado Único Civil Municipal de La Plata, Huila, Sentencia de Apelación de Tutela del 19 de marzo de 2019, Rad. 41-396-40-03-001-2019-00114-00.

[18] Tribunal Administrativo del Tolima, Sentencia de 30 de mayo de 2019, Rad. 73001-23-00-000-2011-00611-00.

[19] Tribunal Superior de Medellín, Sala Cuarta Civil, Sentencia de Segunda Instancia de Tutela 38, de 17 de junio de 2019, Rad. 05001 31 03 004 2019 00071 01.

[20] Juzgado Tercero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Cali, Valle del Cauca, Sentencia de Tutela de 12 de julio de 2019, Rad. 2019-00043-00.

[21] Juzgado Cuarto de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Pereira, Risaralda, Sentencia de Tutela de Primera Instancia 036 de 11 de septiembre de 2019, Rad. 660013187004201900057.

[22] Juzgado Primero Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Neiva, Sentencia de Tutela de Primera Instancia 071 de 24 de octubre de 2019, Rad. 41001-3109-001-2019-00066-00.

[23] Organización Internacional del Trabajo, Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, artículo 7, numeral 4, ratificado por Colombia mediante la Ley 21 de 1991.

[24] Protocolo de Montreal relativo a las sustancias que agotan la capa de ozono, 1987; Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y Desarrollo de las Naciones Unidas de 1992; Convención Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático de 1992; Protocolo de Kyoto de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático de 1997; Cumbre del Milenio de las Naciones Unidas de 2000 y Acuerdo de Copenhague de 2009.

[25] Organización de las Naciones Unidas, Asamblea General, A/CONF.151/26 (v. I), 12 de agosto de 1992.

La norma les asigna a los consejos de gobierno de los pueblos la obligación de velar por la preservación del medio ambiente.[26] Además, la Constitución reconoce que los bienes de uso público, los parques naturales, las tierras comunales de los pueblos étnicos y las tierras de resguardo son inalienables, imprescriptibles e inembargables.[27]

El Decreto Ley 4633 de 2011, que regula la Ley 1448 en lo relacionado con los pueblos indígenas, establece en su artículo 3º la definición de víctimas, incluyendo no solamente a las personas que integran los pueblos y las comunidades indígenas, sino también a la naturaleza:

> Artículo 3º. Víctimas. Para los efectos del presente decreto, se consideran víctimas a los pueblos y comunidades indígenas como sujetos colectivos y a sus integrantes individualmente considerados que hayan sufrido daños como consecuencia de violaciones graves y manifiestas de normas internacionales de derechos humanos, derechos fundamentales y colectivos, crímenes de lesa humanidad o infracciones al derecho internacional humanitario por hechos ocurridos a partir del 1º de enero de 1985 y que guarden relación con factores subyacentes y vinculados al conflicto armado interno.
> […]
> Para los pueblos indígenas el territorio es víctima, teniendo en cuenta su cosmovisión y el vínculo especial y colectivo que los une con la madre tierra. Sin perjuicio de lo anterior, se entenderá que los titulares de derechos en el marco del presente decreto son los pueblos y comunidades indígenas y sus integrantes individualmente considerados.[28]

El Acuerdo Final de Paz (AFP) firmado entre las FARC-EP y el Gobierno colombiano reconoce ampliamente que, para lograr una paz estable y duradera en Colombia, es necesaria la participación y presencia de los pueblos étnicos a lo largo de la implementación de cada uno de los mecanismos creados en el Acuerdo.[29] La diversidad y multiculturalidad de Colombia es algo muy presente en nuestra cotidianidad, pero tal vez las instituciones de justicia y los mecanismos de desarrollo se han quedado rezagados en reconocerlo y velar por la protección de estas cualidades. Por esta razón, las normas constitucionales y legales que implementan el AFP, y que son aplicables al trabajo del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición (SIVJRNR), dan un mandato a las instituciones que componen el sistema para dar cuerpo a la violencia sistémica y la desigualdad que han sufrido los pueblos indígenas, afrocolombianos y Rrom en Colombia.[30]

---

[26] Constitución Política, 1991, artículo 330, numeral 5.
[27] Constitución Política, 1991, artículo 63.
[28] Decreto Ley 4633 de 2011.
[29] En particular se debe tener en cuenta el Capítulo Étnico del Acuerdo Final.
[30] Véanse, entre otras normas, Acto Legislativo 01 de 2017, artículos transitorios 1 y 12; Ley 1957 de 2019, artículos 3, 18, 35 y 80; Ley 1922 de 2018, artículos 1 y 70. Tampoco se pueden omitir las sentencias de constitucionalidad C-674 de 2018 y C-080 de 2019.

Las normas y el AFP reconocen que los crímenes internacionales y las graves violaciones de los derechos humanos son aún más graves cuando se cometen contra las mujeres, las personas especialmente protegidas como los pueblos indígenas, las comunidades afrodescendientes, las comunidades campesinas, los niños, la comunidad LGBTIQ, entre otros.[31] El marco normativo también reconoce que estos grupos han sufrido la violencia de forma especialmente desproporcionada y diferenciada, y establecen que la JEP deberá aplicar una perspectiva étnica, cuando proceda.[32] Estos y muchos otros ejemplos demuestran que el Acuerdo es rico en el reconocimiento de las particularidades de los grupos étnicos y pueblos indígenas colombianos. Precisamente, teniendo en cuenta este reconocimiento, la JEP ha creado las comisiones Territorial y Ambiental y Étnica. Estos enfoques y comisiones deben tener un efecto real, en la jurisprudencia de la JEP, y no ser meras aspiraciones o programas para el futuro.

Los casos 02 y 05 de la Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas

El Caso 05 de la Sala de Reconocimiento

En el primer auto de determinación de hechos y conductas (ADHC) del Caso 05 de la SRVR se determinaron los delitos no amnistiables cometidos por las columnas móviles Jacobo Arenas y Gabriel Galvis de las extintas FARC-EP en 17 municipios ubicados en los departamentos del Cauca y el Valle del Cauca entre el 1 de enero de 1993 y el 1 de diciembre de 2016.[33] Para la SRVR, las prácticas de minería ilegal, la reconversión agrícola para destinar el territorio a la producción de cultivos ilícitos y el uso de minas antipersonal causaron una degradación ambiental que afectó los derechos de la naturaleza, al mismo tiempo que tuvo un impacto sobre las vidas de los habitantes de la zona.[34] De conformidad con lo señalado en el Auto, la minería ilegal y los cultivos ilícitos fueron utilizados por las FARC-EP como un "motor económico de la violencia, en la medida que la captura de sus rentas" fue un objetivo estratégico del grupo.[35]

En el marco del Caso 05 se acreditaron como víctimas los territorios y los siguientes colectivos de víctimas: Asociación de Consejos Comunitarios del Norte del Cauca; el Gran Territorio del Águila (Uh Wala Vxic); el Gran Territorio

[31] Congreso de Colombia, Ley 1957 de 2019, *Diario Oficial* 50.976 de 6 de junio de 2019, artículo 13.
[32] *Ibid*., artículo 18.
[33] JEP - Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas, Caso 05, Auto de Determinación de Hechos y Conductas 01 de 2023. Disponible en: https://relatoria.jep.gov.co/documentos/providencias/1/1/Auto_SRVR-01_01-febrero-2023.docx.
[34] *Ibid*., párrafos 489 y ss.
[35] *Ibid*., párrafo 490.

Nasa (Chxab Wala Kiwe); el territorio Sa'th Tama Kiwe; el territorio Nasa Uss; el territorio del Cabildo San Juan Páez Loma Gorda; el territorio del Consejo Comunitario de Comunidades Negras de Timba Valle / Tierra de Paz; el territorio de los Consejos Comunitarios de Comunidades Negras de Afrodescendientes la Tupia, Bolo Hartonal, Afrodescendiente Bienestar y Vida comunidad negra la Concordia, Consejo Comunitario "Un Encuentro con lo que Somos", Corregimiento de la Tupia y Corregimiento de San Antonio "La Buena Semilla"; el territorio de la Organización Regional Indígena del Valle del Cauca (Orivac); el territorio del Consejo Comunitario de La Acequia, el Consejo Comunitario de la Comunidad Negra Ángel de la Luz, el Consejo Comunitario del Corregimiento Remolino, el Consejo Comunitario de la Comunidad Negra Vereda la Unión, el Consejo Comunitario de las Comunidades Negras de San Antonio de los Caballeros, el Consejo Comunitario de Perodias y el Consejo Comunitario de la Comunidad Negra de Tarragona; el territorio de los consejos comunitarios de Palmira, Villa de las Palmas, San Isidro de Palmira, la Pampa, Afrorenacer, Vereda la Unión, Juanchito, corregimiento de Juanchito, Coafrorozo, Guanabanal, Rozo, Palmaseca, Comunidad Negra La Herradura, Ciudad del Campo, Bolo Alizal San Pablo, La Dolores, Obando y Matapalo de Palmira, así como la Federación Social Afrocolombiana (Fesas).[36]

El ADHC señala que las FARC-EP se constituyeron como autoridad ambiental de facto en las zonas de su influencia y ejercieron su autoridad para la captura de las rentas que producían las actividades económicas ilegales, sin tener una política de prevención de los daños a la naturaleza causados por la minería ilegal y los cultivos ilícitos. El grupo armado cobraba impuestos para permitir la presencia de los grupos de minería ilegal y sus equipos (como retroexcavadoras). También recibía directamente como retribución el oro extraído de las minas ilegales. El Auto también señala que los excombatientes sabían del uso de mercurio con fines de minería ilegal.[37] Las FARC-EP implementaron el trabajo en minas ilegales como forma de sanción a los integrantes de la organización, quienes eran enviados a trabajar en las minas por haber violado el reglamento interno.[38]

La SRVR pudo determinar que los comparecientes conocían sobre los efectos ecológicos de la minería ilegal, en especial respecto de los ríos, pues estos terminaron secándose debido a los socavones de tierra que se hacían para obtener los minerales. A pesar de lo anterior, los beneficios económicos que dejaban estas actividades ilícitas fueron más importantes para la organización que los efectos que estas tenían sobre el territorio de los pueblos. Incluso, parte de

[36] *Ibid*., párrafo 498.
[37] *Ibid*., párrafo 493.
[38] *Idem*.

los recursos destinados para la reparación de las víctimas provenían de dichas actividades.[39]

La participación de las columnas móviles Jacobo Arenas y Gabriel Galvis de las extintas FARC-EP en la minería ilegal no solo fue indirecta. La SRVR determinó que hubo casos de inversión directa de las unidades y los mismos guerrilleros adquirieron retroexcavadoras utilizadas para deforestar y abrir socavones en la parte alta del río Palo.[40] Adicionalmente, los excombatientes invirtieron el oro obtenido de la explotación minera en materiales de guerra, bienes y servicios.

El uso de minas antipersonal en zonas estratégicas para las FARC impidió a los habitantes del territorio el tránsito libre y el ejercicio pleno de sus derechos a un ambiente sano, a la vida, a la integridad física y social.[41] Debido al miedo que generaban los artefactos, los pueblos y las comunidades vivían en medio de la zozobra y el miedo, no pudieron cultivar sus alimentos como fuente principal de ingresos y tuvieron que abandonar los sitios sagrados (algunos de ellos ubicados en páramos y sitios de alta montaña). Las especies vegetales endémicas de los páramos se vieron reiteradamente destruidas por artefactos explosivos, como tatucos y minas antipersonal. Con la instalación de minas antipersonal y la presencia de municiones sin explotar se afectó gravemente la relación que las comunidades tenían con el territorio y las lagunas sagradas para los pueblos.

El Caso 02 de la Sala de Reconocimiento

En el primer ADHC del Caso 02 se identificaron hechos de violencia contra la naturaleza y el territorio de los pueblos indígenas, afrocolombianos y comunidades campesinas. Los hechos de violencia se manifestaron principalmente a través de múltiples ataques contra la infraestructura del Oleoducto Transandino (OTA)[42] y el control y desarrollo de actividades de minería criminal de oro en los municipios de Tumaco, Barbacoas y Ricaurte, en el departamento de Nariño.[43] Estos hechos de violencia contra la naturaleza también afectaron el Kata Su o Gran Territorio del pueblo awá, el Eperãra Euja, territorio de los indígenas eperãra siapidaarã, el territorio ancestral del pueblo negro y afrocolombiano y el territorio de las comunidades campesinas.

---

39 *Ibid*., párrafo 495.

40 *Ibid*., párrafo 496.

41 *Ibid*., párrafo 499.

42 JEP - Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas, Auto 03 de 5 de julio 2023, Determinar los hechos y conductas ocurridas en los municipios de Tumaco, Ricaurte y Barbacoas cometidos por quienes fueron integrantes de la extinta guerrilla de las FARC-EP, pp. 375 y ss.

43 JEP - Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas, Auto 03 de 5 de julio de 2023, cit., pp. 370 y ss.

Las unidades de las FARC-EP involucradas en los actos de violencia cometidos en Tumaco, Barbacoas y Ricaurte fueron la columna móvil Daniel Aldana (CMDA), la columna móvil Mariscal Sucre (CMMS) y el frente 29 del bloque occidental Alfonso Cano (antiguo Comando Conjunto de Occidente).[44]

El análisis de los actos de violencia contra la naturaleza llevó a la SRVR a identificar un patrón macrocriminal de destrucción de la naturaleza y el territorio. Para la Sala, este patrón fue motivado por la intención de las FARC-EP de ejercer control y demostrar poder sobre el territorio de Tumaco, Barbacoas y Ricaurte y la infraestructura petrolera, por un lado, y la necesidad de consolidar el control social, económico y ambiental del grupo armado sobre la minería ilegal, por el otro.[45] En su ánimo de impedirles al Estado y los demás actores del conflicto el acceso a los recursos del OTA, las FARC-EP optaron por su destrucción y, en consecuencia, la afectación constante del territorio y la naturaleza que rodeaba el oleoducto y los sitios de explotación minera.

Además de las afectaciones al medio ambiente natural, la violencia ejercida contra el territorio y la madre naturaleza implica un desconocimiento de la diversidad, especialmente aquella de los pueblos indígenas y afros, cuyas costumbres y formas de interactuar con el territorio eran diametralmente diferentes a las de los actores armados. El derrame de petróleo y la explotación ilegal minera son, desde la perspectiva de los pueblos, formas de desarmonizar el territorio que impiden a los pueblos y las comunidades desarrollar su modo de vida. El ADHC del Caso 02 es claro al identificar esta situación y sus efectos, entre otros, la reproducción de "patrones históricos de discriminación, exclusión y dominación sobre [los] habitantes y espacios de vida".[46]

Para la SRVR, la violencia cometida por las extintas FARC-EP afectó gravemente la comprensión que los pueblos tienen sobre el territorio y su sacralidad. Por lo tanto, una afectación contra el aire, el suelo y subsuelo, la selva y el manglar, los ríos, las lagunas y el mar, ineludiblemente se tornaba en un acto violento contra la vida y la cultura de los pueblos, lo que afectó seriamente su existencia.[47] La SRVR también determinó que los ataques a la naturaleza y los ecosistemas por el vertimiento de petróleo usualmente estaban acompañados de desplazamientos forzados y confinamiento de las comunidades y pueblos, la contaminación del territorio por el uso de minas antipersonal, multiplicidad de hostigamientos, enfrentamientos y amenazas a la población civil y ataques a la infraestructura eléctrica.[48] El uso de explosivos en contra del OTA también

[44] *Ibid*., párrafo 1052.
[45] *Ibid*., párrafo 1020.
[46] *Ibid*., párrafo 1022.
[47] *Ibid*., párrafo 1032.
[48] *Ibid*., párrafo 1040.

afectaba viviendas, campos de cultivo, nacimientos de agua, quebradas, ríos, montañas y selvas.[49]

El auto de determinación señala que los ataques al OTA tenían como objetivos la imposición del control social y territorial de las extintas FARC-EP y la generación de las condiciones para disputar y controlar los municipios de Tumaco, Barbacoas y Ricaurte.[50] De otra parte, al destruir el OTA, las FARC-EP buscaban ganar una guerra económica contra el Estado, debilitando los ingresos de este a través del derramamiento de petróleo.[51] La demostración de poder ante la comunidad en el marco de las negociaciones de paz también fue uno de los factores determinantes.

En cuanto a la minería ilegal de oro, la SRVR determinó que la práctica se utilizó como forma de financiación de las extintas FARC-EP y tuvo como efectos principales la contaminación y degradación de los socioecosistemas, la profanación de sitios sagrados, lugares de importancia cultural y espiritual para los pueblos étnicos y estuvo acompañada de amenazas, asesinatos selectivos y el desplazamiento forzado de la población civil, especialmente cuando los pobladores se oponían al despojo de tierras o a las actividades ilegales de explotación minera.[52] Para realizar esta actividad, las FARC-EP se valieron de prácticas de corrupción con autoridades locales del Estado, miembros de la Fuerza Pública y personas civiles (como los agentes mineros ilegales).[53]

Calificación jurídica propia de los delitos contra la naturaleza. La perspectiva del derecho internacional sobre la protección a la naturaleza

Nos referiremos ahora a las consideraciones que la SRVR tuvo en cuenta en los Auto 01 de 2023 (del Caso 05) y 03 de 2023 (del Caso 02) para la calificación de los daños a la naturaleza como crímenes de guerra no amnistiables, de conformidad con las normas de implementación del AFP. Primero, nos remitiremos a la regulación que existe en el DIH sobre la protección del medio ambiente. Segundo, evaluaremos el problema desde la perspectiva del DPI. Para concluir, explicaremos la manera en que el derecho penal doméstico aborda los daños a la naturaleza en el marco de los conflictos armados.

La calificación jurídica de los daños al medio ambiente se basa en los siguientes fundamentos. En primer lugar, las normas del DIH prohíben tanto en conflictos internacionales como internos los daños injustificados al medio ambiente. La destrucción del medio ambiente puede implicar una violación de

[49] *Ibid*., párrafo 1057.
[50] *Ibid*., párrafo 1062.
[51] *Ibid*., párrafo 1063.
[52] *Ibid*., párrafos 1067 y ss.
[53] *Ibid*., párrafos 1087 y ss.

los principios de proporcionalidad y distinción. En segundo lugar, el DPI tiene normas penales relativas a la destrucción del medio ambiente y a los excesos militares que pueden considerarse violaciones graves de los principios del DIH. Aunque las normas de DPI que se encuentran en el Estatuto de Roma (ER) no mencionan explícitamente el medio ambiente natural, este puede considerarse un bien civil, un bien del adversario y parte de la propiedad cultural de los pueblos. En tercer lugar, el DPI, y muy especialmente el ER de la Corte Penal Internacional (CPI), no fueron diseñados desde la perspectiva de nuestros pueblos originarios y, por lo tanto, tienen una perspectiva occidental y, sobre todo, del Norte global sobre lo que es el derecho penal internacional. En ese sentido, en virtud de la obligación que tenemos los magistrados de la JEP de aplicar nuestra constitución y los enfoques étnico y territorial, debemos tener en cuenta ese origen del derecho internacional. En consecuencia, debemos aplicar el marco jurídico nacional e internacional existente y armonizarlo de conformidad con lo expuesto en la primera parte de nuestra exposición, teniendo en cuenta las garantías fundamentales que les asisten a los comparecientes. En cuarto lugar, en Colombia tenemos una lista más extensa de crímenes de guerra, pues el legislador lo ha considerado pertinente a partir del año 2000. No hay ninguna norma de derecho internacional que impida a los Estados tener sus propias normas de DPI.

El derecho internacional humanitario. La naturaleza como un bien

El DIH es la rama del derecho internacional público que, por medio de normas consuetudinarias y convencionales, se encarga de humanizar los conflictos armados internacionales e internos. Este objetivo se logra a partir de la protección de la vida, la dignidad y la propiedad de personas que pueden resultar afectadas por las guerras. El DIH impone unas restricciones a la manera en que se libran las guerras.[54] No todas las formas de violencia, en cuanto a los medios utilizados y los métodos implementados, están permitidas.[55] El DIH divide en dos las personas y los bienes involucrados en un conflicto armado. En primer lugar, están las personas que participan activamente en las hostilidades (también llamadas combatientes, sobre todo en los conflictos internacionales). En segundo lugar, encontramos a las personas que no participan activamente en el

[54] Marco Sassòli, *International Humanitarian Law. Rules, Controversies, and Solutions to Problems*, London, Edward Elgar, 2019, p. 390.

[55] Véase Convención II de La Haya de 1899, Relativa a las Leyes y Usos de la Guerra Terrestre, preámbulo: "En espera de que un Código más completo de las leyes de la guerra pueda ser dictado, las Altas Partes contratantes juzgan oportuno hacer constar que en los casos no comprendidos en las disposiciones reglamentarias adoptadas por ellas, los pueblos y los beligerantes quedan bajo la salvaguardia y el imperio de los principios del derecho de gentes, tales como resultan de los usos establecidos entre naciones civilizadas, de las leyes de humanidad y de las exigencias de la conciencia pública". Llamada comúnmente Cláusula Martens.

conflicto. Esta categoría incluye a la población civil; a los combatientes que han depuesto sus armas por rendición, captura, heridas, naufragio o enfermedad; al personal sanitario, religioso, periodistas, detenidos, prisioneros de guerra, personas que colaboran en operaciones de socorro o de organización de protección civil, entre otros.

La aplicación de la llamada Cláusula Martens para la protección de la naturaleza ha sido reiterada por la Comisión de Derecho Internacional y acogida por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante la adopción de los *Principios sobre la protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados*.[56]

Por otra parte, el DIH regula la protección de los bienes, dividiéndolos en militares y civiles. Los militares son "aquellos objetos que por su naturaleza, ubicación, finalidad o utilización contribuyan eficazmente a la acción militar o cuya destrucción total o parcial, captura o neutralización ofrezca en las circunstancias del caso una ventaja militar definida".[57] Adicionalmente, tenemos los bienes civiles, que no tienen naturaleza militar. Esta categoría incluye, entre otros, los bienes culturales, aquellos que contengan fuerzas peligrosas, bienes de carácter ambiental y los necesarios para la supervivencia.

Desde la perspectiva del DIH, la mayoría concuerda con que el medio ambiente debe considerarse un bien de carácter civil y como tal no puede ser atacado a menos que se torne en un objetivo militar legítimo.[58] A partir de la Convención sobre la Prohibición de Utilizar Técnicas de Modificación Ambiental con Fines Militares u otros Fines Hostiles de 1976, el DIH se ha referido de manera concreta a la protección del medio ambiente. El Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra también hizo mención expresa a la protección del medio ambiente y de allí se deriva la redacción de las normas criminales relativas a los medios y métodos de guerra que afectan la naturaleza. El artículo 35(3) del mencionado protocolo señala: "Artículo 35 – Normas fundamentales. Queda prohibido el empleo de métodos o medios de hacer la guerra que hayan sido concebidos para causar, o de los que quepa prever que causen, daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente natural".[59]

---

[56] Organización de las Naciones Unidas, Asamblea General, Resolución A/RES/77/104, 7 de diciembre de 2022, "Principio 12. Cláusula de Martens con respecto a la protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados. En los casos no contemplados por acuerdos internacionales, el medio ambiente quedará bajo la protección y el gobierno de los principios del derecho internacional derivados de la costumbre establecida, de los principios de humanidad y de los dictados de la conciencia pública".

[57] Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra de 1977, artículo 52, inciso 2.

[58] Comité Internacional de la Cruz Roja, *Directrices sobre la protección del medio ambiente en tiempo de conflicto armado*, Ginebra, CICR, 1994.

[59] 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 (Protocolo I), 8 de junio de 1977, artículo 35(3).

Por su parte, el artículo 55 del Protocolo Adicional I crea la obligación de velar por la protección del medio ambiente natural contra daños extensos, duraderos y graves, prohibiendo el uso de medios y métodos que tengan como consecuencia tales daños, debido a los efectos que estos representan para la salud y la supervivencia de la población. El artículo también prohíbe las represalias encaminadas a afectar el medio ambiente natural.[60]

Como señala Demeyere,[61] desde el año 2010 la comunidad académica y profesional alrededor del DIH se enfocó con mayor fuerza en la protección del medio ambiente, y el 2020 marcó un punto de inflexión para la protección de la naturaleza por dos importantes situaciones. En primer lugar, la Comisión de Derecho Internacional de la ONU adoptó sus Principios sobre la Protección del Medio Ambiente en Relación con los Conflictos Armados. Estos fueron adoptados por resolución de la Asamblea General de la ONU de 7 de diciembre de 2022.[62] En segundo lugar, el Comité Internacional de la Cruz Roja actualizó en 2020 sus Directrices sobre la Protección del Medio Ambiente Natural en Conflictos Armados.[63] Para Demeyere, la necesidad actual de mayor importancia es poner en marcha el marco jurídico del DIH existente en favor de la protección del medio ambiente natural, teniendo en cuenta el tiempo transcurrido desde la regulación de este asunto, en los años setenta.[64]

A partir de los años setenta se expidieron numerosas normas internacionales y resoluciones que exigen la protección internacional del medio ambiente. Entre otras, encontramos la Convención de Ottawa de 1997,[65] la Resolución

[60] *Ibid*., "Artículo 55 - Protección del medio ambiente natural // 1. En la realización de la guerra se velará por la protección del medio ambiente natural contra daños extensos, duraderos y graves. Esta protección incluye la prohibición de emplear métodos o medios de hacer la guerra que hayan sido concebidos para causar o de los que quepa prever que causen tales daños al medio ambiente natural, comprometiendo así la salud o la supervivencia de la población. // 2. Quedan prohibidos los ataques contra el medio ambiente natural como represalias".

[61] Bruno Demeyere, "Editorial. Protection of the Environment During Armed Conflict", *International Review of the Red Cross*, v. 105, n.º 924, 2023, p. 1167. Ver también Ramírez y Saavedra, "Derecho internacional humanitario y la protección del medio ambiente: nuevas perspectivas para Colombia", en Édgar Solano, Manuela Losada y María Alejandra Osorio (eds.), *Desafíos del derecho internacional humanitario en Colombia: aspectos filosóficos, hermenéuticos, constitucionales y ambientales,* tomo II, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2022, pp. 496 y ss.

[62] Organización de las Naciones Unidas, Asamblea General, Resolución 77/104, "Protección del medio ambiente en relación con los conflictos Armados", 7 de diciembre de 2022, Anexo.

[63] Comité Internacional de la Cruz Roja, *Directrices sobre la protección del medio ambiente natural en conflictos armados: normas y recomendaciones relativas a la protección del medio ambiente natural en virtud del derecho internacional humanitario. Con comentario*, Ginebra, CICR, 2020.

[64] Demeyere, "Editorial. Protection of the Environment During Armed Conflict", *op. cit*., p. 1168.

[65] Sobre las preocupaciones en materia ambiental que se tuvieron en cuenta para este tratado internacional, véase Dieter Fleck, "Legal protection of the environment", en Carsten Stahn, Jens Iverson y Jennifer Easterday, *Environmental Protection and Transitions from Conflict to Peace*, Oxford, Oxford University Press, 2017.

47/37 de 1993 de la Asamblea General de las Naciones Unidas,[66] la Resolución UNEP EA.2/RES.15 del Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente;[67] las resoluciones 1306 (2000), 1457 (2003) y 1856 (2008) del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, en las cuales resalta la relación que existe entre la explotación de recursos naturales y la financiación de los conflictos armados, y el Segundo Informe sobre la Protección del Medio Ambiente en Relación con los Conflictos Armados de la Comisión de Derecho Internacional.[68] También debemos destacar la Declaración de Estocolmo de 1972, la cual recuerda que la naturaleza es esencial para el bienestar humano y para el goce de sus derechos.[69]

El Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) ha identificado una serie de normas del derecho internacional consuetudinario relacionadas con la protección del medio ambiente.[70] De conformidad con estas normas, la protección del medio ambiente restringe la forma en que los actores armados llevan a cabo las hostilidades. La norma 43 del DIH consuetudinario, aplicable en los conflictos armados no internacionales, establece:

> Norma 43. Los principios generales sobre la conducción de las hostilidades se aplican al medio ambiente natural:
> A. Ninguna parte del medio ambiente natural puede ser atacada, a menos que sea un objetivo militar.
> B. Queda prohibida la destrucción de cualquier parte del medio ambiente natural, salvo que lo exija una necesidad militar imperiosa.
> C. Queda prohibido lanzar ataques contra objetivos militares de los que quepa prever que causen daños incidentales al medio ambiente natural que sean excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa prevista.[71]

Las normas 44 y 45 de la costumbre internacional humanitaria también son de particular relevancia en el escenario de la conducción de hostilidades. Su aplicabilidad, aunque cuestionada para los conflictos armados no internacionales, se ve confirmada en Colombia por la implementación de normas penales

---

[66] En esta resolución, la Asamblea General señaló "que ciertos medios y métodos bélicos pueden surtir efectos desastrosos sobre el medio ambiente". Con la resolución se insta a los Estados a tomar las decisiones necesarias para la protección del medio ambiente en los conflictos armados.

[67] Por medio de esta resolución se resaltó "la importancia decisiva de la protección del medio ambiente en todo momento, especialmente en tiempos de conflicto armado, y de su restauración después del conflicto, incluso de los efectos colaterales imprevistos de los desplazamientos humanos resultantes del conflicto armado".

[68] Organización de las Naciones Unidas, Asamblea General, Comisión de Derecho Internacional, Segundo informe sobre la protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados presentado por Marja Lehto, Relatora Especial, A/CN.4/728, 27 de marzo de 2019, pp. 11 y ss.

[69] Organización de las Naciones Unidas, "Declaración de Estocolmo", 1972. Disponible en: https://www.un.org/es/conferences/environment/stockholm1972.

[70] Comité Internacional de la Cruz Roja, "Base de datos sobre el DIH consuetudinario", normas 43, 44 y 45. Disponible en: https://ihl-databases.icrc.org/es/customary-ihl/v1.

[71] *Ibid*., norma 43.

relacionadas con la destrucción del medio ambiente natural. Dichas normas, como veremos, son más amplias que las tipificadas en el ER de la CPI. Las normas citadas señalan:

> Norma 44. Los métodos y medios de hacer la guerra deben emplearse teniendo debidamente en cuenta la necesidad de proteger y preservar el medio ambiente natural. En la conducción de las operaciones militares, han de tomarse todas las precauciones que sean factibles para no causar daños incidentales al medio ambiente o reducirlos, al menos, todo lo posible. La falta de certeza científica acerca de los efectos de ciertas operaciones militares sobre el medio ambiente no exime a las partes en conflicto de tomar tales precauciones.
> Norma 45. Queda prohibido el empleo de métodos o medios de guerra concebidos para causar, o de los cuales quepa prever que causen, daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente natural. La destrucción del medio ambiente natural no puede usarse como arma.[72]

Las normas de la costumbre aclaran que los principios del DIH de distinción, necesidad y proporcionalidad son aplicables durante las operaciones militares que puedan impactar el medio ambiente y sus derechos. Esto fue confirmado por la Corte Internacional de Justicia (CIJ) en su opinión consultiva sobre la legalidad de la amenaza o el uso de las armas nucleares, ponderando entre necesidad militar y la protección del medio ambiente.[73] La aplicación de estos principios no prohíbe de plano las operaciones militares, sino solamente aquellas en las que el medio ambiente no pueda considerarse como un objetivo militar. Habrá situaciones en las que una necesidad militar imperiosa autorice las afectaciones al medio ambiente, por ejemplo, cuando una de las partes en conflicto utilice la naturaleza para resguardarse, ocultarse o camuflarse.

Desde la perspectiva del DIH, el medio ambiente puede considerarse un bien de carácter civil y, como veremos más adelante, un bien del adversario. En 1994, el CICR publicó las *Directrices para la protección del medio ambiente en tiempo de conflicto armado*, como respuesta a una solicitud de la Asamblea General de las Naciones Unidas. Como se indicó, este documento, actualizado en el año 2020 y traducido al español en el año 2022, también proporciona luces sobre este asunto:

> 8. La destrucción del medio ambiente no justificada por necesidades militares constituye una violación del derecho internacional humanitario. En determinadas circunstancias, esa destrucción es punible como una violación grave del derecho internacional humanitario.

[72] *Ibid*., normas 44 y 45.

[73] International Court of Justice, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons* (opinión consultiva), ICJ reports, 1996, párrafo 30: "El respeto al medio ambiente es uno de los elementos que deben tenerse en cuenta al determinar si una acción es conforme con los principios de necesidad y proporcionalidad".

9. La prohibición general de destruir bienes de carácter civil, a menos que dicha destrucción esté justificada por necesidades militares, protege también al medio ambiente.[74]

La consideración del medio ambiente como un bien muestra la necesidad de su protección por parte del DIH, teniendo en cuenta los límites dispuestos por el principio de necesidad militar.[75] Una destrucción de bienes que no esté justificada por este principio, de conformidad con el Cuarto Convenio de Ginebra, podría considerarse una infracción grave al DIH y, por lo tanto, un crimen de guerra en conflictos armados internacionales. A esto se suma la regla 50 de la costumbre del DIH, la cual, de conformidad con lo señalado por el CICR, sería aplicable en los conflictos internos. La regla 50 de la costumbre del DIH establece que "queda prohibido destruir o confiscar los bienes de un adversario, a no ser que lo exija una necesidad militar imperiosa".[76]

El principio de proporcionalidad también restringe la forma en que se llevan a cabo operaciones militares que pueden ocasionar daños a la naturaleza. Al analizar el principio de proporcionalidad con respecto a los daños ambientales, el fiscal del Tribunal para la Antigua Yugoslavia afirmó que "para satisfacer el criterio de proporcionalidad, los ataques contra objetivos militares que se sabe, o de los que cabe suponer razonablemente, que causarán graves daños ambientales deben ofrecer una ventaja militar potencial muy significativa para que se consideren legítimos".[77] La norma 43 del DIH consuetudinario confirmaría que la destrucción del medio ambiente que sea excesiva con respecto a la ventaja militar directa y concreta[78] que se pretende alcanzar, es desproporcionada y violatoria del DIH.[79]

---

[74] Comité Internacional de la Cruz Roja, *Directrices sobre la protección del medio ambiente en tiempo de conflicto armado*, *op. cit*.

[75] Ver, por ejemplo, el artículo 147 del Convenio de Ginebra relativo a la protección de las personas civiles en los conflictos armados que señala que "la destrucción y la apropiación de bienes no justificadas por necesidades militares y realizadas a gran escala de modo ilícito y arbitrario" podrá considerarse una infracción grave al DIH y, por lo tanto, un crimen de guerra.

[76] Comité Internacional de la Cruz Roja, "Base de datos sobre el DIH consuetudinario", *op. cit.*, norma 50.

[77] Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia,, *Final report to the prosecutor by the committee established to review the NATO bombing campaign against the Federal Republic of Yugoslavia*. Disponible en: https://www.icty.org/en/press/final-report-prosecutor-committee-established-review-nato-bombing-campaign-against-federal.

[78] Usualmente definida como aquella que proporciona un "interés sustancial y relativamente próximo, descartando las ventajas que no sean perceptibles o que solo se manifiesten a largo plazo". Véase Yves Sandoz, Christophe Swinarski y Bruno Zimmerman, *Comentario del Protocolo del 8 de junio de 1977 adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 (Protocolo I)*, Bogotá, CICR y Plaza y Janés Editores Colombia, párrafo 2209. Citado en Comité Internacional de la Cruz Roja, "Base de datos sobre el DIH consuetudinario", *op. cit.*, norma 14.

[79] Comité Internacional de la Cruz Roja, "Base de datos sobre el DIH consuetudinario", *op. cit.*, norma 43.

Otra faceta de la naturaleza se puede ver desde la perspectiva cultural. En este ámbito, el DIH también tiene diversas normas que son de especial importancia y que fueron tenidas en cuenta por parte de la SRVR en el primer ADHC del Caso 02. Es importante mencionar lo establecido en el artículo 53 del Procotolo adicional I a los cuatro Convenios de Ginebra, el cual establece que está prohibido "cometer actos de hostilidad dirigidos contra los monumentos históricos, obras de arte o lugares de culto que constituyen el patrimonio cultural o espiritual de los pueblos".[80] Por su parte, el numeral 4º del artículo 85 del mismo protocolo eleva estos ataques al nivel de gravedad de las infracciones graves al DIH y, en últimas, les otorga el rango de crímenes de guerra aplicables en conflictos armados internacionales. El artículo 16 del Protocolo Adicional II a los Convenios de Ginebra tiene una disposición análoga, lo que sirve de fundamento para su inclusión en los estatutos de los tribunales penales internacionales que han criminalizado la conducta.

El CICR también ha identificado normas de la costumbre internacional humanitaria que son aplicables a los bienes culturales en el contexto de un conflicto interno. Las normas 38, 39 y 40 del derecho consuetudinario establecen:

> Norma 38. Las partes en conflicto deben respetar los bienes culturales:
> A. En las operaciones militares se pondrá especial cuidado en no dañar los edificios dedicados a fines religiosos o caritativos, a la enseñanza, las artes o las ciencias, así como los monumentos históricos, a no ser que se trate de objetivos militares.
> B. No serán atacados los bienes que tengan gran importancia para el patrimonio cultural de los pueblos, salvo en caso de necesidad militar imperiosa.
> Norma 39. Queda prohibido utilizar bienes que tengan gran importancia para el patrimonio cultural de los pueblos para fines que pudieran exponerlos a su destrucción o deterioro, salvo en caso de necesidad militar imperiosa.
> Norma 40. Las partes en conflicto deben proteger los bienes culturales:
> A. Queda prohibido confiscar, destruir o dañar intencionadamente los establecimientos dedicados a fines religiosos o caritativos, a la enseñanza, las artes o las ciencias, así como los monumentos históricos y las obras artísticas o científicas.
> B. Queda prohibida cualquier forma de robo, pillaje o apropiación indebida de bienes que tengan gran importancia para el patrimonio cultural de los pueblos, así como todo acto de vandalismo contra ellos.[81]

Como se observa, desde la perspectiva del DIH, la naturaleza puede ser considerada un bien, y sobre todo un bien civil, y también parte del patrimonio cultural de los pueblos. Esta solamente puede ser atacada en circunstancias excepcionales, como una ventaja militar imperativa. A continuación, nos

[80] 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 (Protocolo I), 8 de junio de 1977, artículo 53.

[81] Comité Internacional de la Cruz Roja, "Base de datos sobre el DIH consuetudinario", *op. cit.*, normas 38, 39 y 40.

referiremos al DPI aplicable a los conflictos armados internos y el tratamiento que desde esta rama del derecho se puede dar al problema.

El derecho penal internacional.
Alternativas para criminalizar los daños contra la naturaleza

En el presente apartado nos referiremos a la posibilidad de considerar la violencia contra la madre tierra como un crimen de guerra. Los casos 02 y 05 han calificado los crímenes contra la naturaleza de maneras diferentes, de conformidad con el derecho de los crímenes de guerra. Desde nuestra perspectiva, estas alternativas son complementarias y, juntas, muestran un panorama más completo sobre las implicaciones penales de los daños cometidos por las extintas FARC-EP en el territorio de los pueblos indígenas, afrocolombianos y negros, y campesinos.

El DPI, al ser una rama del derecho internacional público, tiene como fuentes los tratados, el derecho consuetudinario internacional y los principios generales del derecho reconocidos por los sistemas jurídicos principales del mundo.[82] En particular, para establecer cuándo estamos ante un crimen de guerra, tendríamos que atender a las fuentes del DIH, pues, en esencia, este es una violación especialmente grave de las normas de la guerra.[83] En tanto el DIH no contiene un listado de los crímenes de guerra, debemos recurrir a los estatutos de los tribunales penales internacionales para adquirir mayor claridad sobre el asunto. Esto no obsta para que, como afirma Cryer, las jurisdicciones domésticas también recurran al derecho interno para definir las fuentes de los crímenes de guerra.[84] La lista más extensa obtenida hasta el momento es la que encontramos en el artículo 8 del ER de la CPI, pero no es la única y tampoco la definitiva de estos crímenes.[85] Dinstein, entre muchos autores, señala que los derechos convencional y consuetudinario referentes a los conflictos internos pueden ir, y de hecho van, más allá de lo estipulado por el artículo 8.

---

[82] Véase Gerhard Werle y Florian Jeßberger, *Principles of International Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press, 2020, p. 71.

[83] Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, artículo 38:
"1. La Corte, cuya 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 expresamente reconocidas 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 distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el Artículo 59. // 2. La presente disposición no restringe la facultad de la Corte para decidir un litigio *ex aequo et bono*, si las partes así lo convinieren".

[84] Véase Robert Cryer, "War Crimes", en Saul y Akande (eds.), *The Oxford Companion to International Humanitarian Law*, Oxford, Oxford University Press, 2020, p. 340.

[85] Véase Yoram Dinstein, *Non-International Armed Conflicts in International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, párrafo 643.

Las condiciones para que una violación del DIH sea de tal gravedad para que se considere un crimen de guerra fueron dadas en la decisión de jurisdicción del año 1995 en el caso del fiscal contra Dusko Tadić del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia. Esta decisión ha sido calificada por Scharf como un momento grociano en el derecho internacional aplicable a los crímenes de guerra, haciendo referencia a Hugo Grocio.[86] Las condiciones, de carácter acumulativo, son las siguientes:

(i) la violación debe constituir una infracción de una regla de derecho internacional humanitario;
(ii) la regla debe existir en el derecho consuetudinario o, si pertenece al derecho de los tratados, deben cumplirse las condiciones requeridas;
(iii) la violación debe ser "grave"; es decir, debe constituir una infracción de una regla que proteja valores importantes, y la infracción debe involucrar consecuencias graves para la víctima; y,
(iv) la violación debe implicar, conforme al derecho consuetudinario o convencional, responsabilidad penal individual de la persona que quebranta la regla.[87]

El ER tipifica ciertas conductas que violan el artículo 3 común de los cuatro Convenios de Ginebra,[88] así como otras violaciones a las leyes y los usos aplicables en los conflictos internos.[89] Por otra parte, el artículo 8(2)(b)(iv) del Estatuto criminaliza el lanzamiento intencional de un ataque a sabiendas de que causará daños al medio ambiente natural cuando estos daños sean manifiestamente excesivos en relación con la ventaja militar concreta: "iv) Lanzar un ataque intencionalmente, a sabiendas de que causará pérdidas incidentales de vidas, lesiones a civiles o daños a bienes de carácter civil o daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente natural que serían manifiestamente excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa de conjunto que se prevea".[90]

Este crimen, aunque no encuentra una disposición análoga en los literales correspondientes a los crímenes de guerra en los conflictos internos, ha sido tipificado en el código penal colombiano, con algunas diferencias. Al respecto, debemos mencionar lo señalado por el CICR, en su base de datos sobre el DIH consuetudinario, donde afirma que la práctica internacional sobre los crímenes de guerra "no excluye la posibilidad de que un Estado pueda definir, en su

[86] Michael Scharf, "How the Tadić Appeals Chamber decision fundamentally altered customary international law", en Milena Sterio y Michael Scharf (eds.), *The legacy of ad hoc tribunals in international criminal law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2019, pp. 59 y ss.
[87] Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, El Fiscal v. Dusko Tadić, Decision on Interlocutory Appeal on Jurisdiction, ICTY- 94- 1- AR72, 2 de octubre de 1995, párrafo 38.
[88] Corte Penal Internacional, Estatuto de Roma, artículo 8(2)(c).
[89] *Ibid.*, artículo 8(2)(e).
[90] *Ibid.*, artículo 8(2)(b)(iv).

ordenamiento jurídico interno, otras violaciones del derecho internacional humanitario como crímenes de guerra".[91]

Como se ha mencionado, en el derecho de los conflictos armados, el medio ambiente, además de gozar de una protección autónoma, tiene una regulación jurídica a través del derecho de los bienes. Esta protección se replica en el campo de los crímenes de guerra aplicables en conflictos internos y que tienen que ver con los bienes,[92] lo cual no excluye la importancia de su protección autónoma, sino que resalta el carácter pluriofensivo de este tipo de conductas.

Teniendo en cuenta lo anterior, el primer ADHC del Caso 05 resolvió que los delitos cometidos contra la naturaleza podrían tipificarse de conformidad con el artículo 8(2)(e)(xii) del ER, que establece que será crimen de guerra "destruir o apoderarse de bienes de un adversario, a menos que las necesidades del conflicto lo hagan imperativo".[93] El documento *Elementos de los crímenes*, de la CPI, determina:

> Artículo 8 2) e) xii) Crimen de guerra de destruir bienes del enemigo o apoderarse de bienes del enemigo
> Elementos
> 1. Que el autor haya destruido un bien o se haya apoderado de un bien.
> 2. Que ese bien haya sido de propiedad de una parte enemiga.
> 3. Que ese bien haya estado protegido de la destrucción o apropiación en virtud del derecho internacional de los conflictos armados.
> 4. Que el autor haya sido consciente de las circunstancias que establecían la condición del bien.
> 5. Que la destrucción o apropiación no haya estado justificada por necesidades militares.
> 6. Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado que no era de índole internacional y haya estado relacionada con él.
> 7. Que el autor haya sido consciente de circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado.[94]

Como se observa, mientras que la traducción al español del ER define a las víctimas del crimen como "adversarios",[95] la traducción del mismo artículo en los *Elementos de los crímenes* usa la palabra "enemigos", más propia de los conflictos armados internacionales. En este caso, se debe preferir el vocablo

---

[91] Comité Internacional de la Cruz Roja, "Base de datos sobre DIH consuetudinario", *op. cit*., norma 156.

[92] Matthew Gillett y Marina Lostal, *Informe sobre imputación de daños medioambientales ante la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP)*, Bogotá, Capaz y Altavoz (eds.), 2023. Véase también Matthew Gillett, *Prosecuting Environmental Harm before the International Criminal Court*, Cambridge, Cambridge University Press, 2021, pp. 120-121.

[93] Corte Penal Internacional, Estatuto de Roma, cit., artículo 8(2)(e)(xii).

[94] Corte Penal Internacional, *Elementos de los crímenes*, 2002, artículo 8(2)(e)(xii).

[95] Véase Hans Boddens Hosang, "13. Article 8(2)(b)(xiii)-Destroying or Seizing the Enemy's Property", en Roy S. Lee, *The International Criminal Court. Elements of Crimes and Rules of Procedure and Evidence*, London, Transnational Publishers, 2001, pp. 170-172.

utilizado en el ER, en virtud de lo dispuesto en el artículo 21, relativo a las fuentes aplicables por la CPI.[96]

La CPI ha interpretado este crimen y afirma que, para que este se cometa la propiedad destruida, por acción u omisión, debe "pertenecer a individuos o entidades alineados con o pertenecientes a una parte adversa del conflicto o que sean hostiles al autor".[97] La propiedad en cuestión puede ser pública o privada y mueble o inmueble, lo cual es predicable de ciertos recursos naturales que hacen parte del medio ambiente.[98] Este delito aplica no solo cuando el ataque se dirige específicamente en contra de un objetivo militar, sino también cuando se dirige hacia la propiedad de carácter civil, tal como sucede con la naturaleza.[99] La sentencia de primera instancia en el caso del fiscal contra Germain Katanga en la CPI ha aclarado que lo verdaderamente esencial de este crimen es que la propiedad, pública o privada, pertenezca a una persona o personas adversas al grupo armado.[100] Este carácter de "adversario" puede partir de la propia categorización que el grupo armado, que destruye o se apropia del bien, haga de las personas atacadas, sin que sea necesario que estas objetivamente pertenezcan a una de las partes en conflicto. Lo anterior resulta más claro si se tiene en cuenta que el artículo 8(2)(e)(xii) incluye la propiedad civil como aquella que puede ser atacada, pues no diferencia entre "combatientes adversarios" y "adversarios civiles", como sí lo hace el artículo 8(2)(e)(ix) del ER.[101]

Aquí cabe añadir lo dispuesto por la Asamblea General de las Naciones Unidas y la Comisión de Derecho Internacional en los "Principios sobre la protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados", recientemente acogidos mediante Resolución A/RES/77/104 de 7 de diciembre de 2022, al referirse al territorio de los pueblos indígenas:

> Principio 5 Protección del medio ambiente de los Pueblos Indígenas
> 1. Los Estados, las organizaciones internacionales y otros actores pertinentes adoptarán medidas apropiadas, en caso de conflicto armado, para proteger el medio ambiente de las tierras y los territorios en que habiten Pueblos Indígenas o que sean utilizados tradicionalmente por estos.
> 2. Cuando un conflicto armado haya afectado de manera adversa al medio ambiente de tierras o territorios en que habiten Pueblos Indígenas o que sean utilizados

[96] "Artículo 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 Prueba".

[97] Corte Penal Internacional, The Prosecutor v. Katanga, Decisión de Confirmación de Cargos, ICC-01/04-01/07, 30 de septiembre de 2008, párrafo 310.

[98] Gillett y Lostal, *Informe sobre imputación de daños medioambientales*, *op. cit.*, p. 33.

[99] Corte Penal Internacional, The Prosecutor v. Katanga, Decisión de Confirmación de Cargos, ICC-01/04-01/07, 30 de septiembre de 2008, párrafo 311.

[100] Corte Penal Internacional, The Prosecutor v. Katanga, Sentencia de Primera Instancia, ICC-01/04-01/07, 7 de marzo de 2014, párrafo 892.

[101] Corte Penal Internacional, Estatuto de Roma, *op. cit.*, artículo 8(2)(e)(ix): "Matar o herir a traición a un combatiente adversario".

> tradicionalmente por estos, los Estados mantendrán consultas y una cooperación apropiadas y efectivas con los Pueblos Indígenas en cuestión, mediante procedimientos apropiados y, en particular, por conducto de instituciones que los representen, con el fin de adoptar medidas de reparación.[102]

El significado que debe darse a la palabra adversario se comprende de mejor manera cuando se considera también el artículo 49 del Protocolo Adicional I de los Convenios de Ginebra, el cual define la noción de ataque en el DIH como los "actos de violencia [cometidos en] contra del adversario, sean ofensivos o defensivos".[103] Teniendo en cuenta que las personas y los bienes protegidos por el DIH son principalmente los civiles, sería contraintuitivo afirmar que se criminalizan los ataques contra adversarios que combaten, pues esto haría inaplicables la mayoría de las disposiciones.[104]

La calificación de los daños a la naturaleza con base en el artículo 8(2)(e)(xii) fue acogida recientemente en la más reciente *International Review* del CICR, dedicada especialmente al tema de la protección del medio ambiente.[105] Gillett señala que "la disposición con mayor potencial de aplicación es el artículo 8.2.e.xii), que prohíbe destruir o confiscar los bienes de un adversario". En diversos apartados de la revista se hacen menciones a los desarrollos de los casos 02 y 05 de la SRVR.[106]

Ahora, nos referiremos a la segunda alternativa planteada por la SRVR para calificar los daños a la madre tierra desde el DPI. Teniendo en cuenta la relación que existe entre los pueblos indígenas, afrocolombianos y las comunidades campesinas con su territorio, la SRVR, en el Caso 02, consideró que la destrucción del territorio puede calificarse de conformidad con el artículo 8(2)(e)(iv) del ER. Este artículo señala que será un crimen de guerra "dirigir intencionalmente ataques contra edificios dedicados a la religión, la educación, las artes, las ciencias o la beneficencia, los monumentos históricos, los hospitales

---

[102] Organización de las Naciones Unidas, Asamblea General, Resolución A/RES/77/104, 7 de diciembre de 2022, Principio 5.

[103] Protocolo Adicional I de 1977, artículo 49.1.

[104] Antonio Coco, *Guerrilla Attacks on Towns (tomas guerrilleras) in International Criminal Law*, Capaz y Altavoz, 2023, pp. 6-7.

[105] Matthew Gillett, "Criminalizing reprisals against the natural environment", en *International Review of the Red Cross*, v. 105, n.º 924, 2023, p. 1490 (traducción propia).

[106] Véase también Britta Sjöstedt y Karen Hulme, "Re-evaluating international humanitarian law in a triple planetary crisis: New challenges, new tools", *International Review of the Red Cross*, v. 105, n.º 924, 2023, p. 1260: "En una serie de resoluciones históricas, la JEP ha declarado que varios territorios indígenas se consideran 'víctimas' del conflicto armado. El territorio no debe considerarse simplemente en el sentido de las nociones occidentales de propiedad o derecho de la tierra, sino como algo que engloba el medio ambiente, los seres humanos y no humanos, incluido lo espiritual, y su interacción. El reconocimiento de estos territorios específicos como víctimas significa que tendrán derechos legales, incluido el acceso a la justicia, la verdad y las reparaciones" (traducción propia).

y otros lugares en que se agrupa a enfermos y heridos, a condición de que no sean objetivos militares".

La imputación parte de una idea fundamental para comprender adecuadamente los efectos de la violencia sobre los pueblos étnicos:

> 1765. Los Pueblos y comunidades no dividen la vida en dos categorías ontológicamente distintas: la naturaleza, por un lado, y la cultura, por otro. Ni conciben la vida según las oposiciones binarias que se desprenden de esta separación, como es lo bio y lo geo, sujeto y objeto, sintiente e inerte, espiritual y secular. De modo heterogéneo para muchas de las comunidades que forman parte de la diversidad de mundos rurales del país, estas separaciones no existen de tal manera.[107]

Los elementos del crimen de destrucción de bienes culturales están detallados en el documento de *Elementos de los crímenes* de la siguiente manera:

> 1. Que el autor haya lanzado un ataque. 2. Que el ataque haya estado dirigido contra uno o más edificios dedicados a la religión, la educación, las artes, las ciencias o la beneficencia, los monumentos históricos, los hospitales o los lugares en que se agrupe a enfermos y heridos que no sean objetivos militares. 3. Que el autor haya tenido la intención de dirigir el ataque contra tales edificios dedicados a la religión, educación, las artes, las ciencias o la beneficencia, monumentos históricos, hospitales o lugares en que se agrupa a enfermos y heridos que no sean objetivos militares.[108]

Como recuerda el ADHC del Caso 02, el DIH protege la propiedad cultural desde las convenciones de La Haya de 1907 y el informe entregado por la Comisión de Responsabilidades de la Primera Guerra Mundial de 1919, los cuales afirmaron que la destrucción indiscriminada de bienes culturales era un crimen de guerra.[109] Como se mencionó en el apartado relativo al DIH, el Protocolo Adicional II, en su artículo 16, prohíbe los ataques a la propiedad cultural. La decisión de primera instancia en el caso del fiscal contra Al Mahdi consideró que un ataque, en los términos del artículo 8(2)(e)(iv) del ER, podría considerarse un acto hostil cometido contra bienes protegidos cometido durante o después de la conducción de hostilidades.[110]

La SRVR recordó que la definición de bienes culturales se encuentra en el artículo 1 de la Convención de La Haya de 1954:

> (a) Los bienes, muebles o inmuebles, que tengan una gran importancia para el patrimonio cultural de los pueblos, tales como los monumentos de arquitectura, de arte o de historia, religiosos o seculares, los campos arqueológicos, los grupos de construcciones que por su conjunto ofrezcan un gran interés histórico o artístico,

---

[107] JEP - Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas, Auto 03 del 5 de julio 2023, cit., p. 582, párrafo 1765.

[108] Corte Penal Internacional, *Elementos de los crímenes*, *op. cit*., artículo 8(2)(e)(iv).

[109] Corte Penal Internacional, El Fiscal v. Al-Madhi, ICC-01/12-01/15, Sentencia de Primera Instancia, 27 de septiembre de 2016, párrafo 14.

[110] *Ibid*., párrafo 15.

las obras de arte, manuscritos, libros y otros objetos de interés histórico, artístico o arqueológico, así como las colecciones científicas y las colecciones importantes de libros, de archivos o de reproducciones de los bienes antes definidos;

(b) Los edificios cuyo destino principal y efectivo sea conservar o exponer los bienes culturales muebles definidos en el apartado (a), tales como los museos, las grandes bibliotecas, los depósitos de archivos, así como los refugios destinados a proteger en caso de conflicto armado los bienes culturales muebles definidos en el apartado (a);

(c) Los centros que comprendan un número considerable de bienes culturales definidos en los apartados (a) y (b), que se denominarán "centros monumentales".[111]

La interpretación que ha hecho el CICR del artículo 16 del Protocolo Adicional II a los Convenios de Ginebra define los lugares culturales como aquellos que "independientemente de su valor cultural, tienen un valor espiritual y expresan la conciencia de un pueblo".[112] Para la Relatora Especial de la Subcomisión sobre la Prevención de la Discriminación y la Protección de Minorías y Presidenta del Grupo de Trabajo sobre Pueblos Indígenas, de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU, por patrimonio de un pueblo debemos entender

> … todo lo que forma parte de la identidad característica de un pueblo, que puede compartir, si lo desea, con otros pueblos. Esta expresión abarca todo lo que en la legislación internacional se considera creación del pensamiento y de la destreza del ser humano, como, por ejemplo, canciones, relatos, conocimientos científicos y obras de arte. Incluye también el patrimonio histórico y natural, como los restos humanos, las características naturales del paisaje y las especies vegetales y animales autóctonas con las que un pueblo ha estado tradicionalmente vinculado.[113]

El crimen de guerra de destrucción de propiedad cultural, como se mencionó, tiene un origen en la Convención de La Haya de 1954. El artículo 15 del segundo Protocolo Adicional a dicha convención, el cual es aplicable en los conflictos armados internos, establece:

1. Cometerá una infracción en el sentido de este Protocolo toda persona que, deliberadamente y en violación de la Convención o del presente Protocolo, realice uno de los siguientes actos:
   a) hacer objeto de un ataque a un bien cultural bajo protección reforzada;
   b) utilizar los bienes culturales bajo protección reforzada o sus alrededores inmediatos en apoyo de acciones militares;

---

[111] Convención para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado, artículo 1.

[112] Comité Internacional de la Cruz Roja, *Comentario al Protocolo Adicional II a los Convenios de Ginebra de 1949*, Ginebra, CICR, 1998, parágrafo 4839. Citado en JEP - Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas, Caso 02, Auto de determinación de hechos y conductas, párrafo 1776.

[113] Erica-Irene Daes, *Study on the protection of the cultural and intellectual property of indigenous peoples*, 1993, E/CN.4/Sub.2/1993/28, par. 24. Citado en JEP - Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas, en *ibid.*, párrafo 1777.

c) causar destrucciones importantes en los bienes culturales protegidos por la Convención y el presente Protocolo o apropiárselos a gran escala;
d) hacer objeto de un ataque a un bien cultural protegido por la Convención y el presente Protocolo;
e) robar, saquear o hacer un uso indebido de los bienes culturales protegidos por la Convención, y perpetrar actos de vandalismo contra ellos.

2. Cada Parte adoptará las medidas que sean necesarias para tipificar como delitos, con arreglo a su legislación nacional, las infracciones indicadas en el present e Artículo, y para sancionar esas infracciones con penas adecuadas. Al hacer esto, las Partes se conformarán a los principios generales del derecho y del derecho internacional, comprendidas las normas que hacen extensible la responsabilidad penal individual a personas que no han sido autoras directas de los actos.[114]

El numeral segundo del artículo 15 es de particular relevancia, teniendo en cuenta la tipificación de estas conductas en el código penal colombiano, artículos 154 y 156, los cuales serán mencionados en el siguiente apartado.

De La Haya a Colombia. Perspectiva nacional sobre los crímenes de guerra

A nivel nacional, el legislador colombiano ha criminalizado la destrucción del medio ambiente en los conflictos armados internos e internacionales. Son de particular relevancia los artículos 154, 156 y 164 del Código Penal colombiano.

El artículo 154 señala:

Artículo 154. Destrucción y apropiación de bienes protegidos. El que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado y fuera de los casos especialmente previstos como conductas punibles sancionadas con pena mayor, destruya o se apropie por medios ilegales o excesivos en relación con la ventaja militar concreta prevista, de los bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario, incurrirá en prisión [...].
Parágrafo: Para los efectos de este artículo y los demás del título se entenderán como bienes protegidos conforme al derecho internacional humanitario:
1. Los de carácter civil que no sean objetivos militares.
2. Los culturales y los lugares destinados al culto.
3. Los indispensables para la supervivencia de la población civil.
4. Los elementos que integran el medio ambiente natural.
5. Las obras e instalaciones que contienen fuerzas peligrosas.[115]

La calificación de los daños a la naturaleza como afectación a bienes concuerda con la categorización que tanto el DIH como el Código Penal colombiano, norma de obligatoria consideración en la JEP, les dan a los elementos del medio ambiente. Como se puede ver, el parágrafo del artículo 154 considera

[114] Segundo Protocolo de la Convención de La Haya de 1954 para la Protección de los Bienes Culturales en caso de Conflicto Armado, 1999, artículo 15.
[115] Congreso de la República de Colombia, Ley 599 de 2000, Código Penal, artículo 154.

bienes protegidos tanto los culturales (numeral 2) como los que integran el medio ambiente natural (numeral 4).

El artículo 156 añade una protección adicional a los bienes culturales, sin discriminar el tipo de conflicto. Este artículo criminaliza los ataques a los lugares de culto, no solamente los edificios, como sí lo hace el ER de la CPI:

> Artículo 156. Destrucción o utilización ilicita de bienes culturales y de lugares de culto. El que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, sin justificación alguna basada en imperiosas necesidades militares y sin que previamente haya tomado las medidas de protección adecuadas y oportunas, ataque y destruya monumentos históricos, obras de arte, instalaciones educativas o lugares de culto, que constituyan el patrimonio cultural o espiritual de los pueblos, debidamente señalados con los signos convencionales, o utilice tales bienes en apoyo del esfuerzo militar, incurrirá en prisión.

Con base en artículo 164 del Código Penal, el legislador colombiano ha criminalizado aquella destrucción al medio ambiente que sea extensa, duradera y grave: "Artículo 164. Destrucción del medio ambiente. El que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, emplee métodos o medios concebidos para causar daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente natural, incurrirá en prisión".[116]

Las normas penales nacionales también han criminalizado otras conductas que podrían ser relevantes para la calificación de las conductas que atentan contra la madre tierra. Debemos recordar el artículo 142 del Código Penal, que prohíbe la utilización de medios y métodos de guerra ilícitos o destinados a causar sufrimientos o pérdidas innecesarios o males superfluos; también el artículo 144 del mismo Código, que considera los ataques indiscriminados o excesivos que aterrorizan a la población civil como actos de terrorismo en el conflicto armado; el artículo 147, relacionado con los actos de discriminación racial en los conflictos armados; por otra parte, el artículo 160 criminaliza los atentados contra los bienes o elementos indispensables para la subsistencia de la población civil. En Colombia, estos delitos deben interpretarse de conformidad con la perspectiva étnica y territorial.

Desde la tipificación de estas conductas, inició en Colombia otro "momento grociano"[117] del DIH que tiene efectos actualmente a nivel doméstico. El legislador colombiano optó por incluir una lista más completa de crímenes de guerra en el derecho interno. Esto no va en contradicción con lo dispuesto por el derecho internacional, pues no hay norma que prevenga a los Estados de tener una lista de crímenes internacionales más extensa y completa. Para los autores, la voluntad del legislador colombiano podría considerarse una domesticación amplificadora (o cristalizadora) del derecho internacional humanitario.

---

[116] *Ibid*., artículo 164.

[117] Scharf, "How the Tadić Appeals Chamber Decision Fundamentally Altered Customary International Law", *op. cit*,, pp. 59 y ss.

Conclusión

A lo largo de este escrito hemos abordado los crímenes que se cometen contra la naturaleza desde diferentes perspectivas. En primer lugar, el derecho constitucional y su ya establecida jurisprudencia que reconoce a la naturaleza como sujeto de derechos. En segundo lugar, mostramos que el derecho internacional humanitario incluye a la naturaleza como un bien protegido, cuando este no tiene la calidad de objetivo militar legítimo. Posteriormente, acudimos a los artículos del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, que son útiles para penalizar las conductas criminales cometidas en contra de la madre tierra. En cuarto y último lugar, abordamos los crímenes que en el derecho interno se dirigen a la protección del medio ambiente como un bien civil y como un bien cultural.

Uno de los mayores desafíos que ya está asumiendo la JEP es el de realizar imputaciones que tengan en cuenta todas las variadas fuentes que el Acuerdo Final de Paz y las normas que lo desarrollan han señalado que deben ser aplicadas por la judicatura. La pregunta que surge, entonces, es si debemos aplicar las normas del ER, más reducidas en su ámbito de protección, o las normas del Código Penal colombiano. El artículo 5º del Acto Legislativo 01 de 2017 exige tener en cuenta el Código Penal colombiano o las normas de derecho internacional en materia de derechos humanos, DIH o DPI, siempre con aplicación obligatoria del principio de favorabilidad. Las conductas tipificadas en los artículos 154, 156 y 164 del Código Penal están directamente relacionadas con los crímenes contemplados en el ER y la costumbre internacional. Las disposiciones penales criminalizan violaciones del derecho consuetudinario identificadas por el CICR y que vulneran de manera profunda los derechos humanos y el medio ambiente, el cual es parte de la cultura de los pueblos y elemento esencial de la subsistencia de la comunidad internacional en su conjunto.

El reto de armonizar los diferentes sistemas jurídicos aplicables en la JEP con el principio de favorabilidad fue abordado por la Corte Constitucional en su Sentencia C-080 de 2018:

> En similar sentido, el inciso segundo contempla el principio de favorabilidad a favor de las personas sometidas a la jurisdicción, que aplica el inciso segundo del artículo 29 de la Carta Política, según el cual "en materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable". Este principio, igualmente, fue incluido de manera expresa en el artículo 11 de la Ley en la Ley 1820 de 2016, estableciéndose que "en la aplicación e interpretación de [la Ley de amnistías] se garantizará la aplicación del principio de favorabilidad para sus destinatarios". Como lo ha dicho esta Corte, en materia de graves violaciones a los Derechos Humanos e infracciones al Derecho Internacional Humanitario, la aplicación del principio de favorabilidad penal en situaciones de justicia transicional debe ponderarse con otras normas inderogables de la Constitución y con la aplicación del

derecho de las víctimas a la justicia que supone la obligación de investigar, juzgar y sancionar estos graves hechos.[118]

La cláusula de la amnistía más amplia se contempló en el numeral 5º del artículo 6º del Protocolo Adicional II a las convenciones de Ginebra con el objeto de que esa medida se utilizara ante los crímenes cometidos en los conflictos armados no internacionales. Por esta razón, la Ley 1820 de 2016 establece un listado de delitos frente a los cuales es posible aplicar este procedimiento, dejando solamente un listado específico de crímenes que ya estaban contemplados en el numeral 40 del AFP.[119] Sin embargo, la disposición del Protocolo señala que los Estados "procurarán" conceder la amnistía más amplia posible. Con esta disposición, de ninguna manera se crea una obligación para los Estados de amnistiar una lista concreta de delitos. De hecho, Mallinder ha señalado que la práctica indica que los Estados han optado la mayoría de las veces por amnistiar crímenes que podrían considerarse internacionales.[120] Los límites concretos de la amnistía se verán con el crecimiento de la jurisprudencia transicional.

---

[118] Corte Constitucional, Sentencia C-080 de 2018.

[119] Congreso de la República de Colombia, Ley 1820 de 2016: "Artículo 23. Criterios de Conexidad. La Sala de Amnistía o Indulto concederá las amnistías por los delitos políticos o conexos. En todo caso, se entienden conexos con el delito político los delitos que reúnan alguno de los siguientes criterios: // a) Aquellos delitos relacionados específicamente con el desarrollo de la rebelión cometidos con ocasión del conflicto armado, como las muertes en combate compatibles con el Derecho Internacional Humanitario y la aprehensión de combatientes efectuada en operaciones militares, o, // b) Aquellos delitos en los cuales el sujeto pasivo de la conducta es el Estado y su régimen constitucional vigente, o, // c) Aquellas conductas dirigidas a facilitar, apoyar, financiar u ocultar el desarrollo de la rebelión. // La Sala de Amnistía o Indulto determinará la conexidad con el delito político caso a caso. // Parágrafo. *Apartes tachados Inexequibles y subrayados Condicionalmente exequibles* En ningún caso serán objeto de amnistía o indulto únicamente los delitos que correspondan a las conductas siguientes: // a) Los delitos de lesa humanidad, el genocidio, los *graves* crímenes de guerra, 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, de conformidad con lo establecido en el ER. En el evento de que alguna sentencia penal hubiere utilizado los términos ferocidad, barbarie u otro equivalente, no se podrá conceder amnistía e indulto exclusivamente por las conductas delictivas que correspondan a las aquí enunciadas como no amnistiables; // b) Los delitos comunes que carecen de relación con la rebelión, es decir aquellos que no hayan sido cometidos en el contexto y en razón de la rebelión durante el conflicto armado o cuya motivación haya sido obtener beneficio personal, propio o de un tercero. // Lo establecido en este artículo no obsta para que se consideren delitos conexos con los delitos políticos aquellas conductas que hayan sido calificadas de manera autónoma como delitos comunes, siempre y cuando estas se hubieran cometido en función del delito político y de la rebelión.
~~*Se entenderá por "grave crimen de guerra" toda infracción del Derecho Internacional Humanitario cometida de forma sistemática*~~. (En cursiva apartes tachados declarados inexequibles por la Corte Constitucional en la Sentencia C-007 de 2018).

[120] Louise Mallinder, *Amnesty, Human Rights and Political Transitions Bridging the Peace and Justice Divide*, Oxford, Hart Publishing, 2008.

Los crímenes contra el medio ambiente cometidos en el conflicto armado causan enormes afectaciones a los ecosistemas, a la fauna y a la flora. Como se señaló en los apartados relacionados con los casos 2 y 5 de la SRVRV, los daños a la naturaleza afectaron los páramos, a través de la instalación de campamentos, la utilización de minas antipersonal y la destrucción causada por la utilización masiva de explosivos. También se afectaron las fuentes hídricas debido a la contaminación causada por la minería ilegal, por químicos derivados del procesamiento de narcóticos o por derrames de petróleo. Los ríos fueron utilizados como fosa común, tal como sucedió con el río Cauca, el cual fue recientemente acreditado en el Caso 5, Auto 226 de 2023.

Las afectaciones también incluyen el reemplazo masivo de la vegetación y los cultivos propios de las comunidades y los pueblos por cultivos ilícitos. La reconversión sigue afectando actualmente muchas zonas del país en las cuales predominan cultivos de coca, marihuana y amapola que no se usan para fines tradicionales, sino para la producción de alcaloides, lo que ha afectado el sentido mismo del uso de esas plantas que son consideradas como sagradas por muchos pueblos indígenas en nuestro país. Para los pueblos indígenas y las comunidades afrodescendientes existe una interdependencia entre el territorio y el pueblo que lo habita. Tanto los crímenes que afectan directamente a la naturaleza, como el desplazamiento masivo afectan este nexo entre los pueblos y su territorio. Como lo estableció la SRVR, muchos de estos riesgos están asociados a la defensa de la vida integral del territorio, de los ríos, los animales, del mar, del manglar, la montaña, de los sitios sagrados y de las personas. La vulneración de los derechos de los pueblos y las comunidades se intensifica cuando los distintos actores armados irrumpen en su entorno y atentan contra la integridad y dignidad del territorio y las personas, desarmonizando su medio espiritual, cultural, social y alimentario interconectado e interdependiente con el conocimiento y la vida de todos los seres del territorio.

Considerar que los crímenes contra la naturaleza son amnistiables puede profundizar la discriminación histórica de los pueblos originarios y su cosmovisión. Pero no solo eso, nos afecta a todos, al no darle a la madre tierra la importancia que esta tiene. La violencia contra la madre tierra nos desarmoniza como sociedad, nos impide lograr una paz estable y duradera. Los crímenes contra la naturaleza y el medio ambiente no son menos delitos; en ocasiones estos pueden ser aún más profundos y duraderos que algunos de los que se cometen contra nosotros, los seres humanos. Por el contrario, la voluntad del legislador nacional ha sido la de resaltar estos y otros delitos que en el derecho penal internacional no se encuentran tipificados de manera directa. Esta voluntad del legislador, de conformidad con lo dispuesto por el Acto Legislativo 01 de 2017, es de obligatoria aplicación para los jueces de la Jurisdicción Especial para la Paz.

Bibliografía

Amaya Navas, Óscar Darío, *La constitución ecológica de Colombia*, Bogotá, Editorial Universidad Externado de Colombia, 2016.

Boddens Hosang, Hans, "13. Article 8(2)(b)(xiii)-Destroying or Seizing the Enemy's Property", en Roy S. Lee, *The International Criminal Court. Elements of Crimes and Rules of Procedure and Evidence*, London, Transnational Publishers, 2001.

Coco, Antonio, *Guerrilla Attacks on Towns (tomas guerrilleras) in International Criminal Law*, Bogotá, Capaz y Altavoz, 2023.

Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), *Base de datos sobre el DIH consuetudinario*. Disponible en: https://ihl-databases.icrc.org/es/customary-ihl/v1.

Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), *Comentario al Protocolo Adicional II a los Convenios de Ginebra de 1949*, Ginebra, Comité Internacional de la Cruz Roja, 1998.

Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), *Directrices sobre la protección del medio ambiente en tiempo de conflicto armado*, Ginebra, Comité Internacional de la Cruz Roja, 1994.

Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), *Directrices sobre la protección del medio ambiente natural en conflictos armados: normas y recomendaciones relativas a la protección del medio ambiente natural en virtud del derecho internacional humanitario, con comentario*, Ginebra, Comité Internacional de la Cruz Roja, 2020.

Daes, Erica-Irene, *Study on the protection of the cultural and intellectual property of indigenous peoples*, OACNUDH, 1993, E/CN.4/Sub.2/1993/28.

Demeyere, Bruno, "Editorial. Protection of the Environment During Armed Conflict", *International Review of the Red Cross*, v. 105, n.º 924, 2023.

Dinstein, Yoram, *Non-International Armed Conflicts in International Law*, Cambridge, Cambridge University Press.

Fleck, Dieter, "Legal protection of the environment", en Carsten Stahn, Jens Iverson y Jennifer Easterday, *Environmental Protection and Transitions from Conflict to Peace*, Oxford, Oxford University Press, 2017.

Gill, Terry y Dieter Fleck, *The Handbook of the International Law of Military Operations*, Oxford, Oxford University Press, 2015.

Gillett, Matthew, *Prosecuting Environmental Harm before the International Criminal Court*, Cambridge, Cambridge University Press, 2021.

Gillett, Matthew, "Criminalizing reprisals against the natural environment", en *International Review of the Red Cross*, v. 105, n.º 924, 2023.

Gillett, Matthew y Marina Lostal, *Informe sobre imputación de daños medioambientales ante la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP)*, Bogotá, Capaz y Altavoz, 2023.

Mallinder, Louise, *Amnesty, Human Rights and Political Transitions Bridging the Peace and Justice Divide*, Oxford, Hart Publishing, 2008.

Presidencia de la República, *Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera*, Bogotá, Presidecia de la República, 24 de noviembre de 2016.

Ramírez, Camilo y Sebastián Saavedra, "Derecho internacional humanitario y la protección del medio ambiente: nuevas perspectivas para Colombia", en Édgar Solano, Manuela Losada y María Alejandra Osorio (eds.), *Desafíos del derecho internacional humanitario en Colombia: aspectos filosóficos, hermenéuticos, constitucionales y ambientales*, tomo II, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2022.

Sandoz, Yves, Christophe Swinarski y Bruno Zimmerman, *Comentario del Protocolo del 8 de junio de 1977 adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 (Protocolo I),* Bogotá, CICR y Plaza y Janés Editores Colombia.

Sassòli, Marco, *International Humanitarian Law. Rules, Controversies, and Solutions to Problems*, London, Edward Elgar, 2019.

Scharf, Michael, "How the Tadić Appeals Chamber Decision fundamentally altered customary international law", en Milena Sterio y Michael Scharf (eds.), *The legacy of ad hoc tribunals in international criminal law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2019.

Sjöstedt, Britta y Karen Hulme, "Re-evaluating international humanitarian law in a triple planetary crisis: New challenges, new tools", *International Review of the Red Cross*, v. 105, n.º 924, 2023.

Werle, Gerhard y Florian Jessberger, *Principles of International Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press, 2020.

Normas y jurisprudencia

Congreso de la República de Colombia, Ley 599 de 2000, Código Penal colombiano.

Congreso de la República de Colombia, Ley 1820 de 2016.

Congreso de la República de Colombia, Acto Legislativo 01 de 2017.

Congreso de la República de Colombia, Ley 1922 de 2018.

Congreso de la República de Colombia, Ley 1957 de 2019.

Constitución Política de Colombia. 1991.

Convención II de La Haya de 1899, Relativa a las Leyes y Usos de la Guerra Terrestre.

Convención para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado, 14 de mayo de 1954.

Convenios de Ginebra, 12 de agosto de 1949.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-411 de 1992.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-380 de 1993.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-058 de 1994.
Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-375 de 1994.
Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-349 de 1996.
Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-495 de 1996.
Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-496 de 1996.
Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU-039 de 1997.
Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-652 de 1998.
Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-126 de 1998.
Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-596 de 1998.
Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-431 de 2000.
Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-794 de 2000.
Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-150 de 2005.
Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-760 de 2007.
Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-595 de 2010.
Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-915 de 2010.
Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-608 de 2011.
Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-632 de 2011.
Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-331 de 2012.
Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-282 de 2012.
Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-154 de 2013.
Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-123 de 2014.
Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-283 de 2014.
Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-736 de 2014.
Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-806 de 2014.
Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-094 de 2015.
Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-699 de 2015.
Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-080 de 2015.
Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-095 de 2016.
Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-259 de 2016.
Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-389 de 2016.
Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-622 de 2016.
Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-644 de 2017.
Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-325 de 2017.
Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-048 de 2018.
Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-674 de 2018.
Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-032 de 2019.
Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-080 de 2019.
Corte Internacional de Justicia, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons* (opinión consultiva), ICJ reports 1996, 8 de julio de 1996.
Corte Penal Internacional, El Fiscal v. Al-Madhi, ICC-01/12-01/15, Sentencia de Primera Instancia, 27 de septiembre de 2016.

Corte Penal Internacional, El Fiscal v. Katanga, Decisión de Confirmación de Cargos, ICC-01/04-01/07, 30 de septiembre de 2008.
Corte Penal Internacional, El Fiscal v. Katanga, Sentencia de Primera Instancia, ICC-01/04-01/07, 7 de marzo de 2014.
Corte Penal Internacional, Estatuto de Roma.
Corte Penal Internacional, *Elementos de los crímenes*, 2002.
Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Civil, Sentencia 4360-2018 del 5 de abril de 2018.
JEP - Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas, Caso 05, Auto de Determinación de Hechos y Conductas 01 de 2023. Disponible en: https://relatoria.jep.gov.co/documentos/providencias/1/1/Auto_SRVR-01_01-febrero-2023.docx.
JEP, Auto 03 del 5 de julio 2023, Determinar los hechos y conductas ocurridas en los municipios de Tumaco, Ricaurte y Barbacoas cometidos por quienes fueron integrantes de la extinta guerrilla de las FARC-EP.
Juzgado Cuarto de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Pereira, Risaralda, Sentencia de Tutela de Primera Instancia 036/2019, 11 de septiembre de 2019, Rad. 66001318700420190057.
Juzgado Primero Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Neiva, Sentencia de Tutela de Primera Instancia 071, 24 de octubre de 2019, Rad. 41001-3109-001-2019-00066-00.
Juzgado Tercero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Cali, Valle del Cauca, Sentencia de Tutela del 12 de julio de 2019, Rad. 2019-00043-00.
Juzgado Único Civil Municipal de La Plata, Huila, Sentencia de Apelación de Tutela del 19 de marzo de 2019, Rad. 41-396-40-03-001-2019-00114-00.
Organización de las Naciones Unidas, Declaración de Estocolmo, A/CONF.48/14/Rev.l, 5 al 16 de junio de 1972.
Organización de las Naciones Unidas, Protocolo de Montreal relativo a las sustancias que agotan la capa de ozono, 16 de septiembre de 1987.
Organización de las Naciones Unidas, Convención Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático, 9 de mayo de 1992.
Organización de las Naciones Unidas, Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo, 3 al 14 de junio de 1992.
Organización de las Naciones Unidas, Asamblea General, Declaración de Río, A/CONF.151/26 (Vol. I), 12 de agosto de 1992.
Organización de las Naciones Unidas, Asamblea General, Protección del medio ambiente en tiempo de conflicto armado, A/RES/47/37, 9 de febrero de 1993.

Organización de las Naciones Unidas, Protocolo de Kyoto de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático, 11 de diciembre de 1997.

Organización de las Naciones Unidas, Asamblea General, Declaración del Milenio, Quincuagésimo quinto periodo de sesiones, 13 de septiembre de 2000, A/RES/55/2.

Organización de las Naciones Unidas, Cumbre del Milenio de las Naciones Unidas, 6 a 8 de septiembre de 2000.

Organización de las Naciones Unidas, Acuerdo de Copenhague, 18 de diciembre de 2009, FCCC/CP/2009/11/Add.1.

Organización de las Naciones Unidas, Asamblea sobre el Medio Ambiente, Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (UNEP), La protección del medio ambiente en zonas afectadas por conflictos armados, UNEP/EA.2/Res.15, 4 de agosto de 2016.

Organización de las Naciones Unidas, Asamblea General, Comisión de Derecho Internacional, Segundo informe sobre la protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados presentado por Marja Lehto, Relatora Especial, A/CN.4/728, 27 de marzo de 2019.

Organización de las Naciones Unidas, Asamblea General, Principios sobre la protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados, Resolución A/RES/77/104, 7 de diciembre de 2022.

Organización Internacional del Trabajo (OIT), Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, artículo 7, numeral 4º. Ratificado por Colombia mediante la Ley 21 de 1991.

Presidencia de la República de Colombia, Decreto Ley 4633 de 2011, *Diario Oficial* 48.278 de 9 de diciembre de 2011.

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 (Protocolo I), de 8 de junio de 1977.

Segundo Protocolo de la Convención de La Haya de 1954 para la Protección de los Bienes Culturales en caso de Conflicto Armado, 1999.

Tribunal Administrativo de Boyacá, Sala de Decisión 3, Sentencia de apelación del 9 de agosto de 2018, Exp. 15238 3333 002 2018 00016 01.

Tribunal Administrativo del Tolima, Sentencia de 30 de mayo de 2019, Rad. 73001-23-00-000-2011-00611-00.

Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia (TPIY), El Fiscal v. Dusko Tadić, Decision on Interlocutory Appeal on Jurisdiction, ICTY- 94- 1- AR72, 2 de octubre de 1995.

Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia (TPIY), Oficina de la Fiscal, *Final report to the prosecutor by the committee established tor review the NATO bombing campaign against the Federal Republic of Yugoslavia*. Disponible en: https://www.icty.org/en/press/final-report-prosecutor-committee-established-review-nato-bombing-campaign-against-federal.

Tribunal Superior de Medellín, Sala Cuarta Civil, Sentencia de Segunda Instancia de Tutela 38 del 17 de junio de 2019, Rad. 05001 31 03 004 2019 00071 01.

PARTICIPACIÓN DE VÍCTIMAS, MEDIDAS CAUTELARES, AMNISTÍAS, RÉGIMEN DE CONDICIONALIDAD Y BALANCE JURISPRUDENCIAL EN LA JEP



Fotografía: Isabel Valdés

10

Participación efectiva de las víctimas: interacción en el SIDH, la CPI y la JEP*

‹**JUAN RAMÓN MARTÍNEZ VARGAS**› Magistrado de la Sección de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas

Resumen: El artículo examina tres desafíos de la participación efectiva de las víctimas: la definición de su concepto, la acreditación procesal y los derechos derivados, así como la reparación y el cumplimiento de las decisiones judiciales. Lo anterior, a partir del análisis transversal en tres instancias judiciales: el sistema interamericano de derechos humanos (SIDH), la Corte Penal Internacional (CPI) y la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP) en Colombia. Específicamente, la JEP se encuentra en una encrucijada al intentar maximizar la participación efectiva de las víctimas mientras se garantizan los derechos del acusado a un juicio justo y eficaz dentro del marco de justicia transicional. Para buscar la solución a estos desafíos, se analiza cómo han sido abordados por otros tribunales internacionales como la CPI y el SIDH.

Palabras clave: participación efectiva de las víctimas; centralidad de las víctimas; definición de víctima; acreditación procesal.

Abstract: The article examines three central challenges to effective victim participation: how this concept is defined, procedural accreditation and derived rights, and reparation and enforcement of judicial decisions. This is based on a cross-sectional analysis of three judicial bodies: the Inter-American Human Rights System (ISHR), the International Criminal Court (ICC) and the Special Jurisdiction for Peace (SJP) in Colombia. In particular, the SJP is at a crossroads as it attempts to maximize the effective participation of victims while guaranteeing the accused's rights to a fair and effective trial within a transitional justice framework. In seeking a solution to these challenges, the article analyzes how they have been addressed by other international tribunals such as the ICC and the ISHR.

Keywords: Effective victim participation; centrality of victims; victim definition; procedural accreditation.

* Este documento es resultado de una construcción colectiva del despacho integrado por Andrea Núñez, Jonathan Riveros, Tania Bonilla, María José Vargas, Natalia Fernández, Johana Arias, Carolina Amaya, Daniela Ladino y Sofía Agudelo.

"La centralidad de las víctimas no consiste en darles la razón, sino en afianzar su escucha y reconocer tanto la injusticia de lo vivido como sus derechos a la verdad, la justicia y la reparación. Una política no solo para las víctimas, sino con ellas".[1]

Introducción

La dimensión del conflicto armado colombiano no solo se evidencia en el alto número de víctimas, sino también en la extensión territorial y en la gravedad de los daños causados a las personas y los territorios. Según las cifras oficiales de la Unidad para las Víctimas, 9'610.391 personas han sido incluidas en el Registro Único de Víctimas[2] (RUV), sin perjuicio de los subregistros que puedan existir. Recientemente, un proyecto integrado por la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP), la Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición (CEV o Comisión de la Verdad) y el Grupo de Análisis de Datos en Violaciones de Derechos Humanos, identificó que frente a los delitos de homicidio, desaparición forzada, secuestro, reclutamiento y desplazamiento forzado, el universo de víctimas del conflicto armado colombiano asciende a 8'775.884 personas.[3]

A enero de 2024, han sido acreditadas como víctimas individuales 9.171 personas y se han reconocido 319 sujetos colectivos (compuestos por 338.430 personas) por la JEP.[4] Cabe aclarar que el reconocimiento de la calidad de víctima se enmarca en el ámbito de competencia temporal,[5] material[6] y personal[7] de la JEP.

Debido al número elevado de víctimas, la JEP se ha enfrentado a diversos desafíos; en particular, se ha discutido cómo solventar las tensiones derivadas

---

1 Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición, *Hallazgos y Recomendaciones. Informe Final*, Bogotá D.C., 2022, p. 42.

2 Unidad de Víctimas, *Víctimas del conflicto armado*, 2023. Disponible en: https://cifras.unidadvictimas.gov.co/Cifras/#!/infografia.

3 Comisión de la Verdad, *Cifras de la Comisión de la Verdad presentadas junto con el Informe Final*, 2022. Disponible en: https://web.comisiondelaverdad.co/actualidad/noticias/principales-cifras-comision-de-la-verdad-informe-final.

4 JEP, *Principales estadísticas: acumulado histórico*, 2024. Disponible en: https://www.jep.gov.co/jepcifras/JEP-en-Cifras-enero-12-2024.pdf.

5 En el ámbito temporal, la JEP solo puede conocer de las conductas cometidas con anterioridad al 1º de diciembre de 2016 y, excepcionalmente, de las que hayan sido perpetradas durante el proceso de dejación de armas de las FARC-EP.

6 En el ámbito material, la JEP tiene competencia sobre los delitos políticos o conexos según el artículo 23 de la Ley 1820 de 2016, y sobre las graves violaciones de los derechos humanos y las graves infracciones al DIH cometidas durante el conflicto armado.

7 En el ámbito personal, la competencia de la JEP se extiende a los exintegrantes de las FARC-EP, a los miembros de la Fuerza Pública, así como a los terceros (agentes del Estado y a los terceros civiles) y a las personas que hayan sido procesadas por protesta social.

de la maximización de la participación de las víctimas y, a la vez, garantizar los derechos del acusado en un juicio justo y eficaz.[8]

Así, si bien el artículo 13 la Ley 1957 de 2019 Estatutaria de Administración de Justicia en la JEP (Lejep) contempló la centralidad de las víctimas como un mandato directo y un principio rector con efectos concretos en la manera en que se adelantan los procesos ante dicha Jurisdicción, el marco legal de participación de estas, en algunas ocasiones, ha sido insuficiente para enfrentar las dinámicas respecto de la multiplicidad de víctimas que reclaman la posibilidad de intervenir directamente en el proceso, lo que ha requerido que la JEP desarrolle diferentes herramientas, como el *Manual de participación de víctimas*, y acuda al desarrollo jurisprudencial, para permitir que esta participación sea cada vez más efectiva.

Estos desafíos a los que se enfrenta la JEP no son exclusivos del conflicto armado colombiano, por lo cual las experiencias de otros tribunales internacionales constituyen un valioso insumo para la Jurisdicción.[9] Precisamente, la importancia de la participación de las víctimas en instancias internacionales ha venido evolucionando significativamente desde de la primera mitad del siglo XX como respuesta al papel del individuo como sujeto dentro del sistema internacional,[10] desde perseguir su responsabilidad penal,[11] hasta tener la capacidad de actuar directamente contra un Estado cuando sus derechos han sido vulnerados.[12] Sin desconocer los avances de estos tribunales internacionales y su intención de que el derecho de acceso a la justicia cobije progresivamente la intervención activa de las víctimas en el procedimiento, aún persisten cuestionamientos sobre la efectividad de esta participación en estas instancias internacionales.[13]

Así, dada la importancia del derecho internacional de los derechos humanos (DIDH) y del derecho penal internacional (DPI), como marco jurídico aplicable a la JEP,[14] el propósito de este texto será abordar la evolución de la participación de las víctimas a partir de tres grandes desafíos identificados en el

---

8 Human Rights Watch, *Los primeros años de la Corte Penal Internacional*, 2008, p. 177.

9 Julia L. Jacovides, "Rethinking victim participation in international criminal tribunals", *Notre Dame Journal of International & Comparative Law*, v. 13, n.º 1, 2023, p. 99.

10 Solomon E. Salako, "The individual in International Law: 'Object' versus Subject´", *International Law Research*, v. 8, n.º 1, 2019, p. 132; Tara J. Melish, "Beyond human rights: The legal status of the individual in international law", *American Journal of International Law*, v. 113, n.º 3, 2019, p. 655.

11 Edoardo Greppi, "The evolution of individual criminal responsibility under international law", *International Review of Red Cross*, v. 81, n.º 835, 1999, pp. 536 y 537.

12 Luis López, "La evolución de los sistemas de protección internacional de los derechos humanos", *Parlamento y Constitución. Anuario 2017*, n.º 18, 2017, p. 82; Thomas Buergenthal, "The normative and institutional evolution of international human rights", *Human Rights Quarterly*, v. 19, n.º 4, 1997, p. 705.

13 Luke Moffett, "Meaningful and effective? Considering victims' interests through participation at the International Criminal Court", *Criminal Law Forum*, v. 26, n.º 2, 2015, p. 289.

14 Lejep, Sección de Apelación, Sentencia Interpretativa Senit 7 de 17 de mayo de 2023, artículo 23, párrafo 78.

sistema interamericano de derechos humanos (SIDH): Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), la Corte Penal Internacional (CPI) y la JEP para lograr la participación efectiva de las víctimas en cada una de estas instancias: a) la definición de víctima; b) la acreditación procesal y los derechos derivados; y c) la reparación y el cumplimiento de las decisiones.

Desafíos transversales en materia de participación efectiva de las víctimas

El punto de partida de la participación efectiva: *quién* puede ser considerado víctima

La evolución de la definición y el alcance de la víctima en el SIDH

El papel de las víctimas ante el SIDH ha progresado significativamente desde su creación hasta la fecha, pasando de ocupar un rol accesorio (solo como parte peticionaria ante la CIDH) a constituirse como parte en el proceso (ante la Corte IDH)[15] debido a que, en los instrumentos internacionales iniciales, de los cuales se deriva el mandato de los órganos del SIDH, no existía formalmente un concepto de "víctima". Así, el sistema se ha adaptado paulatinamente a la concepción actual de la necesidad de que las víctimas agencien sus intereses en los procesos y cobren un papel protagónico.

Si bien desde 1991, el Reglamento de la Corte incluyó en su artículo 2 las definiciones de "presuntas víctimas"[16] y "víctima",[17] dada la simplicidad de su contenido, los órganos del SIDH se han visto obligados a determinar su alcance a través de desarrollo jurisprudencial. Por ejemplo, uno de los elementos más importantes dentro de esta evolución es que la víctima, a diferencia de lo que sucede en otros tribunales internacionales como la CPI, únicamente puede ser considerada una persona *física* en contraposición a personas jurídicas o morales.[18] Sin embargo, esto no obsta para que, en algunos casos, si se comprende

[15] Mónica Feria Tinta, "La víctima ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos a 25 años de su funcionamiento", *Revista IIDH*, v. 43, 2006, p. 160.

[16] Reglamento de la Corte IDH, artículo 2 (25): "la expresión 'presunta víctima' significa la persona de la cual se alega han sido violados los derechos protegidos en la Convención o en otro tratado del Sistema Interamericano".

[17] Reglamento de la Corte IDH, artículo 2 (33): "el término 'víctima' significa la persona cuyos derechos han sido violados de acuerdo con sentencia proferida por la Corte".

[18] Corte IDH, Caso Instituto de Reeducación del Menor vs. Paraguay, Sentencia de 2 septiembre de 2004, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 112, párrafo 106. En este mismo contexto, es pertinente resaltar algunas decisiones de la CIDH, en las que también se afirma que únicamente las personas físicas podrán tener la calidad de víctimas en el marco de los procesos de peticiones individuales. Por ejemplo, en el caso Mevopal S.A. vs. Argentina, la CIDH afirmó que "la persona protegida por la Convención es 'todo ser humano' [en inglés 'every

que las violaciones de los derechos humanos no se pueden desligar de una colectividad que adopte la forma de una comunidad étnica, sindicato, sociedad u otro, esto también pueda ser conocido por los órganos interamericanos (CIDH y Corte IDH). En todo caso, el argumento no deja de ser el mismo, la violación cometida contra el ente colectivo se sustenta en que a través de dicha figura se materializan derechos de personas físicas.[19]

Otro aspecto interesante del concepto de víctima desarrollado por la jurisprudencia interamericana es que si bien esta debe ser una persona física que haya sido objeto de violaciones de los derechos humanos, esta calidad se puede extender en virtud del concepto de "daño moral". Por esta vía, se ha entendido que ciertos familiares de las víctimas directas pueden ser considerados víctimas indirectas, principalmente parientes, parejas y amigos cercanos, debido al sufrimiento causado por la victimización inicial de su ser querido.[20]

Así, estos avances jurisprudenciales, que propenden por la protección efectiva de los derechos humanos dentro del SIDH, han ayudado incluso a fijar el alcance del concepto de víctima a nivel doméstico en algunos Estados como el colombiano y, a nivel internacional, como en la CPI según se describirá más adelante.[21]

La definición jurídica de víctima en la CPI y sus avances jurisprudenciales

Ahora bien, en el marco de la CPI existen varias disposiciones normativas, tanto en el Estatuto de Roma (ER) como en las Reglas de Procedimiento y Prueba (RPP), que han sido de gran utilidad con el fin garantizar la participación de las víctimas en las actuaciones ante los diferentes órganos de la CPI. A diferencia de lo que ocurrió en el SIDH, el concepto de víctima sí estuvo previsto desde la creación de la Corte y se encuentra definido en las RPP.

---

human being' y en francés 'tout etre humain']. Por ello, la Comisión considera que la Convención otorga su protección a las personas físicas o naturales excluyendo de su ámbito de aplicación a las personas jurídicas o ideales, por cuanto éstas son ficciones jurídicas sin existencia real en el orden material". CIDH, Informe 39/99, Mevopal S.A. vs. Argentina, 11 de marzo de 1999, párrafo 17.

[19] Corte IDH, Opinión Consultiva OC-22/16 de 26 de febrero, solicitada por la República de Panamá, párrafos 106-120.

[20] Dentro de las decisiones particularmente relevantes para la evolución de la jurisprudencia interamericana a través de la cual se determina que el daño puede ser tanto físico como psicológico y moral, véase Corte IDH, Caso Blake vs. Guatemala, Sentencia de 24 de enero de 1998, Fondo, Serie C, No. 36; Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala, Sentencia de 19 de noviembre de 1999, Fondo, Serie C, No. 63; Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala, Sentencia de 25 de noviembre de 2000, Fondo, Serie C, No. 70; Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala, Sentencia de 25 de noviembre de 2003, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 101; Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia, Sentencia de 31 de enero de 2006, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 140.

[21] Al respecto véase, Héctor Olasolo, "La influencia en la Corte Penal Internacional de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de acceso, participación y reparaciones de víctimas", en G. Elsne (ed.), *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y el Derecho Penal Internacional*, Uruguay, Fundación Konrad Adenauer, 2010, pp. 379-427.

La Regla 85 de las RPP señala, por un lado, que son víctimas las personas "que hayan sufrido un daño como consecuencia de la comisión de algún crimen de competencia de la Corte"; y, por otro, que son víctimas las "organizaciones o instituciones que hayan sufrido daños directos" de alguno de sus bienes dedicados a "la religión, la instrucción, las artes, las ciencias o la beneficencia y a sus monumentos históricos, hospitales y otros lugares y objetos que tengan fines humanitarios". Es decir que, el estatus de víctima puede ser reconocido a personas naturales o jurídicas que han sufrido afectaciones físicas o psicológicas como consecuencia de la existencia de un delito que se encuentre dentro de los ámbitos personal, material, territorial y temporal de la jurisdicción de la Corte.[22]

Sin embargo, la definición de este concepto en las RPP ha sido insuficiente para enfrentar los desafíos derivados de la participación de las víctimas ante la CPI. Precisamente, porque a pesar de que la conceptualización de la Corte es novedosa en comparación con otros tribunales penales individuales[23], pues no limita la participación de las víctimas a la calidad de testigos, tampoco reconoce que su participación sea en calidad de parte del procedimiento.

Por este motivo, la conceptualización del término "víctima", al igual que en el SIDH, ha tenido múltiples desarrollos jurisprudenciales a efectos de delimitar el alcance de su reconocimiento y posterior participación en cada una de las etapas del procedimiento. Por ejemplo, en relación con el estándar aplicable a los requisitos de la Regla 85, la Sala de Cuestiones Preliminares aclaró que el reconocimiento de la calidad de víctima, durante la etapa de investigación de una situación, se realiza a partir de un análisis *prima facie* de los requisitos establecidos en la Regla 85. Por ende, en las etapas preliminares de la investigación, las Salas evalúan cada declaración en relación con su coherencia intrínseca, así como sobre la base de la información a disposición de la Sala.[24] Frente a la relación de causalidad entre el daño sufrido y alguno de los crímenes de competencia de la Corte, se ha establecido que esta se analiza a partir de las circunstancias temporales y espaciales del incidente que provocó el daño.[25]

La importancia de definición de víctima en la JEP

Por último, en lo que respecta a la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP), las normas del marco de justicia transicional no contemplan una definición de

[22] Héctor Olásolo, "Cuestiones procesales y procedimentales sobre la posición de las víctimas en las actuaciones ante la Corte Penal Internacional", *Revista de Derecho Público*, n.º 21, 2008, pp. 7-14.

[23] Rudina Jasini y Gregory Townsend (eds.), *Advancing the Impact of Victim Participation at the International Criminal Court: Bridging the Gap Between Research and Practice*, UK Economic and Social Research Council, Oxford University Press, 2020, p. 7. Disponible en: https://www.law.ox.ac.uk/sites/default/files/migrated/iccba_-_oxford_publication_30_november_2020_.pdf.

[24] CPI, CPI-02/05-111-Corr, Sala de Cuestiones Preliminares I, 14 de diciembre de 2007, párrafo 5.

[25] CPI, Decisión sobre las solicitudes de participación de las víctimas, ICC-02/04, 10 de agosto de 2007, párrafo 14.

víctima, sin embargo, existen referencias normativas domésticas anteriores que han servido como herramienta para darle contenido a esta definición.

Por un lado, la Ley 1448 de 2011, por medio de la cual "se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno", definió a las víctimas como "aquellas personas que individual o colectivamente hayan sufrido un daño por hechos ocurridos a partir del 1 de enero de 1985, como consecuencia de infracciones al derecho internacional humanitario (DIH) o de violaciones graves y manifiestas a las normas internacionales de derechos humanos, ocurridas con ocasión del conflicto armado interno".[26] A su vez, también se consideran víctimas "el cónyuge, compañero o compañera permanente, parejas del mismo sexo y familiar en primer grado de consanguinidad, primero civil de la víctima directa, cuando a esta se le hubiere dado muerte o estuviere desaparecida",[27] así como "las personas que hayan sufrido un daño al intervenir para asistir a la víctima en peligro o para prevenir la victimización".

Otro aspecto por destacar es que la definición de víctima ha sido desarrollada en el marco del procedimiento penal ordinario, y claramente enunciada en el artículo 132 de la Ley 906 de 2004 que identifica a las víctimas como

> … las personas naturales o jurídicas y demás sujetos de derechos que individual o colectivamente hayan sufrido algún daño como consecuencia del injusto. La condición de víctima se tiene con independencia de que se identifique, aprehenda, enjuicie o condene al autor del injusto e independientemente de la existencia de una relación familiar con este [y esta calidad] le otorga el derecho de acceder a la actuación e impone reconocerla como tal en el proceso.[28]

Según la cláusula remisoria del artículo 72 de la Ley 1922 de 2018, contentiva de las reglas de procedimiento de la JEP, estas definiciones legales son aplicables en el desarrollo de las actuaciones de esta justicia transicional, al ser consecuentes con sus principios rectores. Por ejemplo, en la Resolución 4060 del 8 de noviembre de 2022, la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas (SDSJ) de la JEP empleó el concepto de víctima de la mencionada Ley 1448[29] y estableció:

> … se reconoce la amplitud del concepto de víctima en el marco de su reconocimiento y acreditación en el trámite adelantado ante la JEP, ya que la materialización de los principios del componente de justicia del Acuerdo Final y el cumplimiento aspira-

[26] Ley 1448 de 2011, artículo 3.

[27] *Idem*.

[28] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, providencias del 11 de noviembre de 2009, Rad. 32564; 6 de marzo de 2008, Rad. 28788 y Rad. 26703; 1 de noviembre de 2007, Rad. 26077; y 10 de agosto de 2006, Rad. 22289.

[29] Al respecto, véase también Corte Constitucional de Colombia, sentencias C-080 de 2018, M. P. Antonio José Lizarazo Ocampo y C-052, M. P. Nilson Pinilla Pinilla y C-781 de 2012, M. P. María Victoria Calle Correa.

cional de la construcción dialógica de las sanciones impuestas por esta Jurisdicción dependen, en gran medida, de ello.[30]

> Esta amplitud del concepto de víctima tiene su base no solamente en la Ley 1448 y las normas que reglamentan el procedimiento penal ordinario, sino que también encuentra fundamento en la definición de víctima dada por la Comisión de Participación de la JEP, en virtud de la cual la denominación de víctima "constituye un concepto amplio que se extiende también a sus familiares o seres allegados […] de las víctimas directas".[31]

En consecuencia, las víctimas "pueden solicitar su acreditación como víctimas ante la JEP con el fin de adquirir la calidad de intervinientes especiales en el proceso, cumpliendo con los tres requisitos del artículo 3° de la Ley 1922 de 2018 y presentando prueba de parentesco o de su interés directo y legítimo de participar en el proceso".[32]

Adicionalmente, la Sección de Apelación de la JEP ha aportado criterios relevantes en la definición de víctima, al señalar que la identificación plena de las víctimas a efectos de su participación y notificación de las decisiones judiciales no debe entenderse un sentido estricto, sino que se refiere "a las personas que, a partir de los elementos obrantes en el expediente, puedan identificarse o individualizarse como que han sufrido menoscabos en sus derechos como consecuencia de los hechos, al margen de que se desconozcan sus datos de identificación completos".[33]

De esta forma, como ocurre en la CPI, el concepto de víctima se origina en el daño causado y derivado de la comisión de crímenes. El alcance de este daño en la JEP es mucho más amplio, dado que la competencia de la Jurisdicción no se limita a los crímenes de competencia de la CPI, sino también porque el desarrollo jurisprudencial se ha adaptado a las particularidades del conflicto armado colombiano incluyendo no solo a personas naturales, sino a grupos colectivos, comunidades indígenas e incluso a elementos de la naturaleza que son sagrados para estas últimas. A manera de ejemplo, se ha acreditado como víctimas a colectivos como "Katsa Su", gran territorio Awá, y a los 32 cabildos indígenas Awá, asociados y representados en la Unidad Indígena del Pueblo Awá – Asociación de Autoridades Tradicionales Indígenas Awá (Unipa).[34] Además, se han

[30] JEP - Sala de Definición de Situaciones Jurídicas, Resolución 4060 del 8 de noviembre de 2022, párrafo 146.

[31] *Ibid*., párrafo 140.

[32] Véase JEP - Sala de Definición de Situaciones Jurídicas, resoluciones 6018 del 29 de diciembre de 2021, 3970 del 29 de noviembre de 2023 y 4387 del 29 de diciembre de 2023.

[33] JEP - Sección de Apelación, Sentencia Interpretativa TP-SA-Senit 3 de 2022, párrafo 169.

[34] Véase JEP - Sala de Reconocimiento de Verdad y de Responsabilidad, Auto 070 del 12 de noviembre de 2019.

reconocido como víctimas al río Cauca[35] y ciertos territorios ancestrales particularmente afectados por el conflicto.[36]

Materialización de la participación efectiva: la acreditación procesal y los derechos derivados la calidad de víctima

Los derechos de las víctimas en el SIDH: el proceso contencioso como escenario de la materialización de la participación efectiva

Desde el punto de vista procesal, la CIDH tiene el deber individualizar en sus informes, en particular el de Fondo[37] a quienes considera como "presuntas víctimas" de un determinado caso. Así, la Corte IDH ha sido enfática en señalar que cuando un caso es presentado ante ella por la CIDH, la delimitación del universo de víctimas debe ser clara, pues el litigio se fija en relación con estas personas y las presuntas violaciones de las que habrían sido objeto.[38]

La reducida excepción a esta regla se encuentra en el artículo 35.2 del Reglamento de la Corte IDH, según el cual, en los casos en los que no ha sido posible identificar a las presuntas víctimas de los hechos del caso, por tratarse de casos de violaciones masivas o colectivas, la Corte decidirá en su oportunidad su reconocimiento de la calidad de víctima. A partir de esta disposición, y de la práctica de la Corte, se concluye que es posible incluir a las víctimas que no hayan sido incorporadas ni reconocidas como tales en el informe de Fondo de la CIDH, en el marco del trámite ante la Corte IDH.[39]

---

[35] JEP - Sala de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad, Auto 226 del 17 de julio de 2023.

[36] En 2019, la JEP acreditó como víctima al Katsa Su, gran territorio del pueblo Awá, al Eperara Euja territorio-mundo del pueblo Eperara Siapidaara y al territorio colectivo titulado y ancestral del pueblo negro y afrocolombiano de Tumaco y Barbacoas, en Nariño. Jurisdicción Especial para la Paz, *El territorio ancestral como víctima, un hito en la justicia transicional*. Disponible en: https://www.jep.gov.co/Sala-de-Prensa/Paginas/territorio-ancestral-victima-hito-justicia-transicional.aspx.

[37] Reglamento Corte IDH, artículo 35.

[38] Al respecto, la Corte ha sostenido que "con el propósito de garantizar [...] la protección efectiva de los derechos de las presuntas víctimas es preciso que éstas se encuentren debidamente identificadas e individualizadas en la demanda de la Comisión". Corte IDH, Caso Instituto de Reeducación del Menor vs. Paraguay, cit., párrafo 109. Véase también Corte IDH, Caso Terrones Silva y otros vs. Perú, Sentencia de 26 de septiembre de 2018, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 360, párrafo 39; Caso Coc Max y otros (Masacre de Xamán) vs. Guatemala, Sentencia de 22 de agosto de 2018, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 356, párrafo 17; Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil, Sentencia de 20 de octubre de 2016, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 318, párrafo 48.

[39] Caso Coc Max y otros (Masacre de Xamán) vs. Guatemala, cit., párrafo 17; Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil, cit., párrafo 48; Caso de las Comunidades Afrodescendientes desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) vs. Colombia, Sentencia de 20 de noviembre de 2013, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 270, párrafo 42; Sentencia de 4 de septiembre de 2012, Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 250; Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador, Sentencia de 25 de octubre de 2012, Fondo, Reparaciones

Tras la revisión de los pronunciamientos de la Corte IDH para evaluar la procedencia de la excepción concebida en el artículo 35.2 de su Reglamento, se puede concluir que, para ello, el Tribunal ha tenido en cuenta factores como: i) la multiplicidad de víctimas,[40] ii) el tiempo que ha transcurrido tras las violaciones,[41] iii) el desplazamiento y la dispersión de las víctimas,[42] iv) el difícil acceso a las zonas en las que se efectuaron las vulneraciones,[43] v) la condición de vulnerabilidad de las víctimas,[44] entre otras.

Según la etapa del proceso contencioso, la participación de las víctimas se materializa en distintas modalidades e inicia desde la petición realizada por la(s) víctima(s) o su(s) representante(s).[45] Además, la participación de las presuntas víctimas, en calidad de partes o sujetos procesales en el proceso contencioso,[46] es un evidente ejemplo del reconocimiento del individuo como un sujeto del derecho internacional.[47] Es fundamental aclarar que, cuando la Corte IDH emite su sentencia y determina que, en efecto, un Estado es responsable por la violación de algún derecho humano, se reconoce la calidad de víctima (ya no de "presunta víctima"), sin embargo, dicho reconocimiento no tiene valor constitutivo.[48]

A continuación, se exponen brevemente los derechos en cabeza de las víctimas, según cada etapa procesal, que materializan su participación y de los cuales se desprenden algunos desafíos:

---

y Costas, Serie C, No. 252, párrafo 51; Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana, Sentencia de 24 de octubre de 2012, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 251, párrafo 30.

40 Corte IDH, Caso Coc Max y otros (Masacre de Xamán) vs. Guatemala, cit., párrafo 17; Caso de las Comunidades Afrodescendientes desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) vs. Colombia, cit., párrafo 42; Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala, Sentencia de 4 de septiembre de 2012, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 250; Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 252 cit., párrafo 51.

41 Corte IDH, Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil, cit., párrafo 48; Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala, cit.; Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador, cit., párrafo 51.

42 Corte IDH, Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil, cit., párrafo 48; Caso de las Comunidades Afrodescendientes desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) vs. Colombia, cit., párrafo 42; Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana, cit., párrafo 30.

43 Corte IDH, Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil, cit., párrafo 48; Caso de las Comunidades Afrodescendientes desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) vs. Colombia, cit., párrafo 42.

44 Corte IDH, Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana, cit., párrafo 30.

45 Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), 22 de noviembre de 1969, San José de Costa Rica, G.O. 9460, 11 de febrero de 1978, artículo 46.

46 Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Aprobado el 16 al 25 de noviembre de 2000.

47 Mónica Feria Tinta, "La víctima ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos a 25 años de su funcionamiento", *Revista IIDH*, v. 43, 2006, p. 160.

48 *Ibid*., p. 161.

- *Presentación de observaciones*. Durante la admisibilidad de la petición, "las presuntas víctimas" tienen la oportunidad de intercambiar observaciones por escrito con el Estado que presuntamente ha vulnerado sus derechos humanos.[49] Asimismo, en esa misma instancia, la CIDH se pone a disposición de las partes para iniciar el procedimiento de solución amistosa (PSA), si es su deseo.[50]

  En el PSA existe una participación constante, directa y a solicitud de las presuntas víctimas en su proceso. Cabe recordar que las partes tienen la facultad de solicitar el PSA en cualquier momento del trámite de la petición e, incluso, una vez el caso se encuentre ante la Corte IDH. La facultad de generar un espacio de diálogo con estas características permite a las presuntas víctimas, no solo exponer de primera mano las medidas que consideran reparadoras para subsanar la vulneración de sus derechos, sino que además pueden contar con el acompañamiento especializado e imparcial de la CIDH. Por estos motivos, las prácticas del PSA han creado un alto porcentaje de satisfacción por parte de las víctimas en el proceso ante el Sistema de Peticiones y Casos del SIDH, y han facilitado la descongestión judicial del Sistema.[51] Ahora, en la etapa de fondo del proceso contencioso las víctimas pueden participar en reuniones de trabajo o audiencias convocadas por la CIDH y presentar sus respectivas observaciones.[52]
- *Representación judicial*. Una vez a instancias de la Corte IDH, el Tribunal se asegura de que la parte peticionaria cuenta con representación judicial debidamente acreditada, y en caso de no contar con ella le designa de oficio un defensor interamericano para que represente sus intereses en el trámite del caso.[53] Asimismo, el Reglamento de la Corte IDH es claro en establecer que en caso de que exista una pluralidad de presuntas víctimas o representantes, se debe designar un interviniente común en el proceso para que presente las solicitudes, los argumentos y las pruebas.[54]
- *Presentación de argumentos, pruebas, pretensiones y solicitudes*. Al momento de comunicar a las partes el escrito de sometimiento del caso y el informe

---

[49] En la etapa de admisibilidad la CIDH determina si una petición cumple con los requisitos establecidos en los artículos 46 y 47 de la CADH.

[50] CIDH, *Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, Aprobado por la Comisión en su 137º, Período Ordinario de Sesiones, del 28 de octubre al 13 de noviembre de 2009, artículo 37.4.

[51] CIDH, *Impacto del procedimiento de solución amistosa*, Aprobado el 1 de marzo de 2018.

[52] En la etapa de fondo la CIDH decide sobre los méritos del caso de acuerdo con los artículos 48 y 50 de la CADH, y en concordancia con los artículos 37, 38, 39, 43 y 44 del Reglamento de la CIDH.

[53] Corte IDH, *Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Aprobado en el LXXXV Período Ordinario de Sesiones, del 16 al 28 de noviembre de 2009, artículo 37.

[54] *Ibid.*, artículo 25.

del artículo 50 de la Convención, las presuntas víctimas deben presentar un escrito de solicitudes, argumentos y pruebas en el cual se describen los hechos, se allegan las pruebas, se individualiza a los declarantes (testigos, peritos y presuntas víctimas) y se establecen las pretensiones.[55] Posteriormente, durante la audiencia pública, las víctimas pueden ser interrogadas por las partes y el Tribunal, exponer sus alegatos finales e intervenir en instancias de réplica y dúplica.[56]

- *Apoyo económico para el trámite judicial*. Una vez se comunica a las víctimas el informe del artículo 50 de la Convención y, en caso de que las presuntas víctimas no cuenten con recursos económicos suficientes para solventar los gastos que origina el proceso ante la Corte IDH, estas podrán solicitar su vinculación al Fondo de Asistencia Legal de Víctimas.[57]

En términos generales, tanto en el seno de la CIDH como en la Corte IDH, se evidencia que las presuntas víctimas tienen una participación mayoritariamente escrita. Además, el acompañamiento que se brinda difiere según los momentos del proceso: ante la CIDH no existe mayor acompañamiento para el trámite de las peticiones, mientras que en el proceso contencioso y en el PSA hay un mayor acompañamiento. Lo anterior muestra desafíos en la forma en la que se materializa la participación efectiva de las víctimas en espacios, principalmente escritos, y en los que se requiere un conocimiento técnico para el trámite de las peticiones y la adecuada participación procesal ante el SIDH.

La jurisprudencia de la CPI como fuente de la participación de las víctimas: derechos de quien no es sujeto procesal

El reconocimiento del estatus de víctima habilita a los interesados a participar en distintas etapas del procedimiento ante la CPI, desde la autorización para iniciar la investigación de la Sala de Cuestiones Preliminares, hasta la determinación de la reparación del daño identificado. Así quedó establecido en el ER, en donde se contempló la posibilidad de que las víctimas participen en las fases del juicio que la CPI considere pertinentes, cuando sus intereses personales se vean afectados y de una forma en la que no se perjudiquen los derechos del acusado.[58]

Además, el reconocimiento del estatus de víctima exige a los interesados, cuando están actuando en representación de sus propios intereses que, al menos: a) se identifiquen, b) describan el daño sufrido como consecuencia de la

[55] *Ibid.*, artículo 40.
[56] *Ibid.*, artículos 50 y 51.
[57] Consejo Permanente de la Organización de los Estados Americanos, *Reglamento Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el Funcionamiento del Fondo de Asistencia Legal de Víctimas*, Aprobado por Resolución del Consejo Permanente de la OEA CP/RES 963 del 11 de noviembre de 2009.
[58] Artículo 68, párrafo 3 ER.

ocurrencia del delito competencia de la Corte, c) indiquen la fecha y el lugar donde ocurrieron los hechos, d) alleguen prueba de identidad, e) firmen la solicitud.[59]

A diferencia de los tribunales penales *ad hoc* para la Antigua Yugoslavia y Ruanda, en los que el único papel de las víctimas es el de testigos de cargo, la CPI reconoce sus derechos a la participación, reparación, protección y representación legal.[60] Tal reconocimiento se estableció en el artículo 68 del ER, el cual se inspiró en la Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de delitos y del abuso de poder de 1985.[61] Sin embargo, ni el Estatuto de Roma ni las Reglas de Procedimiento y Prueba especifican exactamente cómo se deben poner en práctica estos derechos.[62] En ese sentido, el ejercicio del derecho a la participación queda a criterio de los jueces de la CPI, cuyo precepto orientador son los intereses personales de las víctimas desde que no exista una afectación a los derechos del acusado.[63]

Sin perjuicio de lo anterior, las Reglas de Procedimiento y Prueba incluyen algunas referencias al marco dentro del cual se aborda la participación de las víctimas en el proceso ante la Corte. Adicionalmente, la Oficina de la Fiscalía publicó un *documento de política relativo a la participación de víctimas* en 2010, mediante el cual se pretende definir de manera clara y coherente los derechos de las víctimas, bajo el entendido de que son actores de la justicia internacional y no actores pasivos.[64] A continuación, se sintetizan los derechos de las víctimas y su aplicación en las cuatro etapas del procedimiento[65] ante la CPI.

- *Participación en diferentes etapas procesales*. Las víctimas deben solicitar de forma expresa su interés en participar en la respectiva etapa procesal. Cada Sala tiene la facultad de determinar de qué forma (cuándo y cómo) se materializa dicha participación, a partir del marco general establecido en el artículo 68 del Estatuto.[66] Es importante resaltar que la modalidad de participación de las víctimas en las fases señaladas es indeterminada, en tanto el artículo 68 del ER no delimita la manera en la que deben ha-

[59] Regla 89 RPP, regulación 86 del Reglamento de la Corte Penal Internacional. Véase CPI, CPI-02/04-101, Sala de Cuestiones Preliminares II, 10 de agosto de 2007, párrafo 12.

[60] Jo-Anne Wemmers, "Victims' Rights and the International Criminal Court: Perceptions within the Court Regarding the Victims' Right to Participate", *Leiden Journal of International Law*, v. 23, n.º 3, 2010, pp. 629-644.

[61] *Idem*.

[62] *Idem*.

[63] Artículo 68(3) ER.

[64] CPI, "Policy Paper on Victims' Participation", Oficina del Fiscal, 2010. Disponible en: https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/Policy_Paper_on_Victims_Participation_April_2010.pdf

[65] Se trata de las siguientes etapas procesales: i) la fase previa al juicio compuesta por el examen preliminar, la investigación y la confirmación de los cargos; ii) la etapa de juicio; iii) la fase de apelación y iv) la etapa de reparación.

[66] Regla 89 RRP.

cerlo, y será la Sala la llamada a modular la intervención de las personas interesadas. Sin embargo, según la RPP 91(1), una sala puede modificar una decisión previa de otra sala sobre la participación de las víctimas, es decir que, la participación de las víctimas varía no solo en cada etapa procesal, sino también a partir del criterio empleado por cada sala.[67]

En las etapas procesales iniciales, cuando las víctimas aún no han sido reconocidas, existe la posibilidad de que presenten información ante la Fiscalía de la CPI o ante la Sala de Cuestiones Preliminares.[68] Incluso, la CPI podrá invitar a las víctimas a realizar observaciones frente a aspectos de admisibilidad de la situación en los términos establecidos por el artículo 19(3) del Estatuto de Roma y la regla 59 de las RPP.[69] Por ejemplo, según la RPP 51, las víctimas podrán asistir a la audiencia de confirmación de cargos; sin embargo, estas no pueden presentar pruebas adicionales en esta audiencia ni se les corre traslado de la totalidad de pruebas presentadas por la Fiscalía.[70] Sin perjuicio de lo anterior, las salas de Cuestiones Preliminares podrán tomar decisiones que pretendan proteger los intereses de las potenciales víctimas. Por ejemplo, en el examen preliminar de la situación de la República de Kenia, la Fiscalía consideró que contactar directamente a las víctimas podría poner en riesgo la integridad de una investigación futura, así como su integridad y la de los testigos. En consecuencia, la CPI decidió comunicarse con las víctimas por medios generales en relación con su interés de solicitar autorización para abrir una investigación.[71]

Ahora, una vez inicia la etapa de juicio, el alcance de la participación de las víctimas se amplía, debido a que ya hay un acusado individualizado, así como una identificación de las conductas constitutivas de los crímenes de competencia de la CPI.[72] Precisamente, porque la participación de las víctimas debe enmarcarse en la relación entre el daño sufrido y los cargos presentados contra el acusado, pues, como lo ha sostenido la Sala

---

[67] Wemmers, "Victims' Rights and the International Criminal Court: Perceptions within the Court Regarding the Victims' Right to Participate", *op. cit*. Artículo 68(3) ER.

[68] Artículo 15(2) ER y Regla 50 RPP.

[69] Christoph Safferling y Gurgen Petrossian, *Victims Before the International Criminal Court: Definition, Participation, Reparation*, Erlangen, Springer, 2021, p. 199.

[70] CPI, "Policy Paper on Victims' Participation", *op. cit*., p. 17; CPI, Fiscal c. Katanga, Chui, CPI-01/04-01/07-474, Decisión sobre el conjunto de derechos procesales vinculados al estatus procesal de la víctima en la etapa previa al juicio, 15 de mayo de 2008, paras. 107-114.

[71] CPI, Situación en la República de Kenia, CPI-01/09-3, Solicitud de autorización de una investigación de conformidad con el artículo 15, párrafo 112.

[72] Safferling y Petrossian, *Victims Before the International Criminal Court: Definition, Participation, Reparation*, *op. cit*., p. 201.

de Apelaciones, "la noción de víctima necesariamente implica la existencia de una lesión personal".[73]

En ese sentido, desde que se demuestra una afectación a los intereses de las víctimas, ellas o sus representantes podrán: i) presentar pruebas; ii) testificar o solicitar testimonios; iii) interrogar al acusado, los testigos o peritos;[74] iv) realizar observaciones.[75] Sin embargo, debido a que las víctimas no son sujetos procesales, no son titulares de los derechos en cabeza de esta clase de sujetos, como es la posibilidad de interponer recursos judiciales.[76]

Como se ha reiterado, el alcance de estos derechos ha sido determinado caso a caso, razón por la cual, la materialización de estos derechos se ha construido a partir del desarrollo jurisprudencial. Por ejemplo, en el caso Katanga,[77] se abrió la posibilidad de que el representante legal de las víctimas solicitara que una persona externa fuera llamada a testificar en caso de demostrar que dicho testimonio contribuiría de forma genuina a la determinación de la verdad.[78] A su vez, en el caso Lubanga la Sala concluyó que, en efecto, las víctimas pueden examinar las pruebas, siempre y cuando ello ayude con la determinación de la veracidad de los hechos. Además, se estableció que la Sala no limita el interrogatorio a cuestiones relativas a la reparación, sino que las víctimas pueden formular preguntas siempre que sus intereses personales se vean comprometidos por las pruebas en consideración.[79]

- *Garantías de seguridad, bienestar y dignidad*. Este derecho se deriva de la imperiosa necesidad de proteger a las víctimas como condición indispensable para su participación y en el reconocimiento de las condiciones que, usualmente, caracterizan las situaciones en las que se han cometido crímenes internacionales.

---

[73] CPI, Sala de Apelaciones, Fallo sobre las apelaciones del Fiscal y la Defensa contra la Sala de Primera Instancia. Decisión sobre la participación de las víctimas de 18 de enero de 2008, 11 de julio de 2008, CPI-01/04-01/06-1432, párrafo 38.

[74] Regla 91(3) RPP. Cfr. Olasolo, "La influencia en la Corte Penal Internacional de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de acceso, participación y reparaciones de víctimas", *op. cit*., pp. 379-427.

[75] Artículo 68 ER.

[76] Safferling y Petrossian, *Victims Before the International Criminal Court: Definition, Participation, Reparation*, *op. cit*., p. 203.

[77] CPI, Fiscal c. Katanga, Chui, CPI-01/04-01/07, Instrucciones para la sustanciación de las actuaciones y testimonios de conformidad con la regla 140, 1 de diciembre de 2009, paras. 45 a 48; CPI, Fiscal c. Katanga, Chui, CPI-01/04-01/07-2288, Sentencia sobre la apelación del Sr. Katanga contra la decisión de la Sala de Primera Instancia II de 22 de enero de 2010 titulada "Decisión sobre las modalidades de participación de las víctimas en el juicio", 16 de julio de 2010, paras. 111 a 114.

[78] Artículo 69(3) ER. Cfr. Safferling y Petrossian, *Victims Before the International Criminal Court: Definition, Participation, Reparation*, *op. cit*., p. 202.

[79] CPI, Situación en la República Democrática del Congo en el Caso del Fiscal c. Thomas Lubanga Dyilo, Decisión relativa a la participación de las víctimas, CPI-01/04-01/06-1119, párrafo 108.

En virtud del artículo 68(1) del Estatuto, la CPI adoptará las medidas adecuadas para proteger la seguridad, el bienestar físico y psicológico, la dignidad y la vida de las víctimas. Tales medidas deberán tener en cuenta las características de cada víctima (el ER solo se refiere a la edad y el género) o la naturaleza del crimen (v. gr. violencia sexual) que constituyan factores relevantes para su protección. No obstante, las medidas adoptadas no podrán redundar en perjuicio de los derechos del acusado o de un juicio justo e imparcial, ni serán incompatibles con estos.[80] Una práctica común que materializa este derecho es anonimizar los nombres de las víctimas en las decisiones judiciales e, incluso, la no divulgación de la identidad de las víctimas al acusado y su respectivo representante legal.[81]

Adicionalmente, en virtud del artículo 43(6) del ER, la Dependencia de Víctimas y Testigos de la Secretaría de la CPI, en consulta con la Fiscalía, adoptará las medidas de protección pertinentes. En el caso Lubanga, la Sala sostuvo que la obligación de protección inicia desde el momento en el que llega a la Corte una solicitud de participación de la víctima.[82]

- *Recibir información del estado procesal*. En caso de que durante la etapa de examen preliminar la Fiscalía decida que no hay fundamento suficiente para iniciar una investigación, dicha información deberá ser comunicada a las víctimas para que ellas puedan presentar observaciones. Esto también opera cuando la Fiscalía solicita autorización para abrir una investigación. Por último, en las demás etapas procesales, las víctimas serán avisadas y notificadas según las características de cada etapa procesal y en los términos descritos en la Regla 16 de las RPP.

  En la situación de la República de Kenia, la Fiscalía les comunicó a las víctimas su intención de solicitar autorización para abrir una investigación, lo que implicaba la posibilidad de que estas pudieran presentar sus comentarios y observaciones a los jueces de la Sala de Cuestiones Preliminares II (SCP II) sobre si debía o no abrirse una investigación en relación con crímenes de competencia de la CPI.[83] En consecuencia, la SCP II estableció que los únicos facultados para presentar observaciones conforme al párrafo 3 del artículo 15 del ER eran aquellos que calificaban

[80] Artículo 68(1) ER.

[81] CPI, Situación en la República Democrática del Congo, CPI-10/04, Decisión sobre la solicitud de autorización de la defensa para apelar en relación con la transmisión de solicitudes de participación de las víctimas, 6 de noviembre de 2006, párrafo 4. Cfr. Safferling y Petrossian, *Victims Before the International Criminal Court: Definition, Participation, Reparation*, *op. cit*.

[82] CPI, Fiscal c. Lubanga, CPI-01/04-01/06-1119, Decisión sobre la Participación de las Víctimas, 18 de enero de 2008, para. 137; Cfr. Safferling y Petrossian, *Victims Before the International Criminal Court: Definition, Participation, Reparation*, *op. cit*.

[83] CPI, Situación en la República de Kenia, CPI-01/09-3, Solicitud de autorización de una investigación de conformidad con el artículo 15, párrafos 112-113.

como "víctimas" de acuerdo con la definición dada por la Regla 85. Ello quiere decir que las manifestaciones realizadas por las víctimas sobre la apertura de una investigación deben limitarse a aquellos que califican como "víctimas" en el sentido dado por las precitadas normas, teniendo en cuenta la naturaleza específica del procedimiento del artículo 15.[84]

- *Representación judicial*. La elección del representante judicial depende de la voluntad de cada víctima. Sin embargo, las Salas de la CPI podrán solicitar que, cuando exista un número plural de víctimas, se escojan representantes legales comunes.[85] Por esta razón, la Sala de Primera Instancia aclaró que, si bien las víctimas son libres de elegir un representante legal, este derecho está sujeto a las limitaciones (financieras, de infraestructura y logísticas) de la CPI.[86] Por ende, la representación legal común es el principal mecanismo procesal para conciliar las demandas de procedimientos justos y eficaces.[87]

  Los representantes legales asignados podrán participar en los términos de las reglas 89 y 90 de las RPP, como fue explicado anteriormente. De esta forma, si bien los representantes legales podrán participar en audiencias e interrogar al acusado y los testigos, las Salas podrán limitar su participación para que presente sus observaciones por escrito.[88] En caso de que las víctimas no tengan representante legal de confianza, podrán solicitarle apoyo económico a la Secretaría de la CPI.[89]

A partir de esta breve descripción de los derechos procesales en cabeza de las víctimas, es evidente que las salas se enfrentan a un gran desafío al momento de determinar la forma de participación en las respectivas etapas procesales: ¿cómo armonizar los derechos del acusado y la garantía de un debido proceso con una justicia internacional orientada hacia las víctimas? Como se observó en los párrafos anteriores, el análisis de la CPI ha sido caso a caso, por lo cual no habría una respuesta inequívoca ante esta pregunta.

Así mismo, la efectividad de la participación se encuentra con la barrera de la distancia entre los lugares donde residen las víctimas y la sede de la Corte

---

[84] CPI, Situación en la República de Kenia, CPI-01/09-4, Orden sobre la Sección de Participación y la Reparación de las Víctimas relacionada con las Declaraciones de las Víctimas de conformidad con el párrafo 3 del artículo 15 del Estatuto, Sala de Cuestiones Preliminares II, 10 de diciembre de 2009.

[85] Regla 90 RPP.

[86] CPI, Fiscal c. Katanga, Chui, CPI-01/04-01/07-1328, Orden sobre la organización de la representación legal común de las víctimas, 22 de julio de 2009, paras. 10-18. Cfr. Safferling y Petrossian, *Victims Before the International Criminal Court: Definition, Participation, Reparation*, *op. cit*., p. 196.

[87] CPI, Fiscal C. Katanga, Chui, CPI-01/04-01/07-1328, cit. Cfr. Safferling y Petrossian, *Victims Before the International Criminal Court: Definition, Participation, Reparation*, *op. cit*., p. 196.

[88] Regla 91 RPP.

[89] Regla 90(5) RPP.

Penal Internacional. Esta situación ha cobrado más relevancia al analizar las cifras de participación en los diferentes casos ante la CPI. Por ejemplo, en la situación de Sudán la participación de las víctimas fue baja, debido a que no existieron mecanismos de cooperación internacional con la CPI que facilitaran el acceso real a los canales de participación habilitados para las diferentes etapas procesales.[90] En contraste, en las situaciones de Uganda y la República Centroafricana, la tasa de participación fue mayor gracias a los programas de comunicación y divulgación.[91] En todo caso, la pregunta sobre si en los casos en los que la participación es exclusivamente indirecta (a través del representante judicial) existe una participación efectiva de las víctimas, continúa siendo objeto de discusión por la doctrina internacional que recientemente promueve que las víctimas sean el centro del proceso judicial y, especialmente, ante los tribunales internacionales.

La centralidad de las víctimas en la JEP
como criterio orientador de su acreditación y participación procesal

La JEP, como mecanismo de justicia transicional, combina los objetivos de garantizar los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia, la reparación y la no repetición con el propósito de alcanzar una paz estable y duradera. Por esta razón, su tarea consiste en investigar, esclarecer, juzgar y sancionar los más graves crímenes ocurridos en Colombia durante más de cincuenta años de conflicto armado y hasta el 1 de diciembre de 2016.

El Acuerdo Final de Paz y sus desarrollos normativos plasmaron un modelo de justicia impartido por la JEP, que combina dos componentes como ejes fundamentales. De una parte, las tradicionales formas de justicia retributiva que se encuentran, incluso, en las que serán las sanciones propias que impondrá el Tribunal para la Paz y, de otra, la justicia restaurativa,[92] entendida como

> … modelo alternativo de enfrentamiento de la criminalidad, que sustituye la idea tradicional de retribución o castigo, por una visión que rescata la importancia que tiene para la sociedad la reconstrucción de las relaciones entre víctima y victimario, [en el cual] el centro de gravedad del derecho penal ya no lo constituiría el acto delictivo y el infractor, sino que involucraría una especial consideración a la víctima y al daño que le fue inferido.[93]

Las normas de implementación del Acuerdo Final determinan, dentro de este modelo de justicia transicional, que, con el fin de que se logre una auténtica

[90] Safferling y Petrossian, *Victims Before the International Criminal Court: Definition, Participation, Reparation, op. cit*., p. 224.
[91] *Idem*.
[92] Juan Ramón Martínez Vargas, "Estándares internacionales para el diseño y la fijación de las sanciones propias en la Jurisdicción Especial para la Paz", *La JEP Vista por sus Jueces, 2018-2019*, JEP, Konrad Adenauer Stiftung, 2020, p. 442.
[93] Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-979 de 2005.

materialización del componente restaurativo son imprescindibles los aportes a la verdad, al igual que las manifestaciones de reparación y garantías de no repetición de parte de los comparecientes ante la JEP. La participación de las víctimas, como correlato de lo anterior, es pues definitiva en la materialización de un modelo cuyo componente restaurativo adquiere un lugar preeminente.[94]

De esta manera, la JEP se cimienta en principios como la centralidad de las víctimas, su participación efectiva e integral y la materialización de la justicia restaurativa.[95] Lo anterior se traduce en que, en primer lugar, en todas las actuaciones que adelante esta Jurisdicción se debe tener en cuenta la máxima garantía posible de los derechos de las víctimas a través de un enfoque que salvaguarde sus intereses. En segundo lugar, implica que estas deben contar con amplias oportunidades para ser oídas y actuar en todas las etapas de los procesos que se sigan ante las diferentes salas y secciones, siempre en consideración a sus particularidades étnicas, culturales, territoriales, de género, etarias (enfoques diferenciales). Y, en tercer lugar, que se propenda por el diálogo entre estas y las comunidades con los perpetradores de los crímenes que conoce la JEP, en aras de su dignificación y en atención al daño infligido.

Como garantía de ello, la JEP debe velar por que en todas las actuaciones judiciales las víctimas cuenten con los mecanismos necesarios que les permitan acceder y participar de manera fácil y efectiva dentro del proceso transicional. Por lo tanto, esta Jurisdicción debe promover que la participación de las víctimas se realice de manera efectiva e integral, lo cual implica que sea accesible, diferencial, informada, dialógica, con idónea representación judicial, y con acompañamiento psicosocial y psicojurídico cuando sea necesario.[96] Una de las condiciones centrales de todo proceso transicional es evitar la revictimización,

---

[94] Así lo ha reconocido la Corte Constitucional, al señalar que "en procesos con un enfoque restaurativo, como lo es por excelencia el procedimiento con reconocimiento de verdad y responsabilidad en el seno de la JEP, la intervención debe permitir a las víctimas involucrarse en procesos dialógicos con los victimarios y la sociedad, y que sus manifestaciones, sus experiencias, la valoración propia del daño sufrido, así como las posibilidades que ellas estiman de reparación, entre otros aspectos, sean tomados en cuenta seriamente en el marco de dicha relación y también en las decisiones que deben adoptarse por las autoridades de la JEP; de lo contrario, la participación no es efectiva ni protagónica" (Sentencia C-538 de 2019, M P. José Fernando Reyes).

[95] Estos principios se encuentran consagrados en la Ley 1957 de 2019 (Lejep) y en la Ley 1922 de 2018 de procedimiento de la Jurisdicción. Asimismo, son desarrollados en el *Manual para la participación de las víctimas ante la Jurisdicción Especial para la Paz*. Por su parte, el artículo transitorio 12 del Acto Legislativo 01 de 2017 dispone que las normas que regulen la JEP deben incluir garantías procesales en favor de las víctimas para asegurar la efectividad de sus derechos, en el marco de los procesos que se adelanten en la justicia transicional. Establece, asimismo, la condicionalidad del tratamiento penal especial sujeta a "la garantía de los derechos de las víctimas, centralidad de las víctimas, integralidad, debido proceso, no regresividad en el reconocimiento de derechos y enfoque diferencial y de género".

[96] Naciones Unidas, Asamblea General, Consejo de Derechos Humanos, 34º periodo de sesiones, Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, Distr. General A/HRC/34/62, párrafo 68, 27 de diciembre de 2016.

para lo cual se debe respetar la privacidad, el derecho a la no confrontación directa, las diferencias culturales y lingüísticas y la garantía de representación.[97]

Para ello, el reconocimiento de la calidad de víctima es un elemento fundamental para la materialización de la participación efectiva. Sin perjuicio de lo anterior, en el marco del procedimiento ante la JEP, se ha reconocido que la participación no está restringida al momento en que se reconoce la calidad de víctima pues, incluso, quienes aún no han sido acreditadas pueden hacer observaciones a los beneficios temporales otorgados a los comparecientes.[98] La acreditación tiene como finalidad principal permitir la participación integral de las víctimas dentro de los procedimientos que se adelantan ante la JEP. Así, las víctimas que tengan vocación de participar y ser reconocidas como intervinientes especiales pueden realizar su solicitud de acreditación por sí mismas o por intermedio de representante judicial.[99]

Para acceder a tal reconocimiento, se deben cumplir los siguientes requisitos: i) la manifestación de ser víctima de un delito que se encuentre bajo el ámbito de competencia de la JEP y el deseo de participar en las actuaciones; ii) realizar un relato de los hechos, especificando al menos la época y el lugar de su ocurrencia;[100] iii) allegar prueba siquiera sumaria de su condición de víctima.[101] El proceso de acreditación será más ágil, e incluso optativo, para quienes ya se encuentran incluidos en el RUV, así como para las personas que, por los mismos hechos, previamente se hayan acreditado ante la jurisdicción ordinaria.[102]

De acuerdo con la jurisprudencia de la Sección de Apelación y la Sala de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad (SRVR) de la JEP, las providencias judiciales y los actos administrativos que le reconozcan a una persona o a un grupo de personas la calidad de víctima, pueden ser aportados como prueba sumaria sin perjuicio de que las víctimas opten por suministrar otro medio de información que dé cuenta de su condición.[103]

En todo caso, es importante advertir que la acreditación no tiene una función constitutiva de la calidad que ya tienen las víctimas, sino que el propósito sustantivo de esta figura procesal es que estas puedan ostentar la calidad de intervinientes especiales dentro del proceso. Quiere decir que,

---

97 Ellen Lutz, "After elections: compensating victims of human rights abuses", en Neil Kritz, *Transitional Justice*, Washington, United States Institute of Pace Press, 1995, p. 565.

98 JEP - Sección de Apelación, Sentencia Interpretativa Senit 1 de 2019, párrafo 127.

99 Ley 1922 de 2018, artículo 2.

100 JEP - Sección de Apelación, Sentencia Interpretativa Senit 1 de 2019, párrafo 128.

101 La Corte Constitucional de Colombia, en la Sentencia C-523 de 2009, M. P. María Victoria Calle Correa, la define como "aquella que reúne las características de plena prueba que aún no ha sido controvertida".

102 JEP - Sección de Apelación, Sentencia Interpretativa Senit 1 de 2019, párrafo 128.

103 JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, TP-SA-Senit 1 de 2019; Sala de Reconocimiento de Verdad y de Responsabilidad, Auto 002 de 2020.

independientemente del reconocimiento de esta condición a través de la acreditación, las víctimas pueden acudir a la JEP a través de otros mecanismos previos a la acreditación, como lo son la presentación de informes o la interposición de derechos de petición.[104]

Tras verificarse el cumplimiento satisfactorio de los requisitos exigidos para la acreditación, las víctimas alcanzan la calidad de intervinientes especiales y pueden aportar pruebas, interponer recursos, estar informadas de los avances de las investigaciones, participar de las audiencias o diligencias judiciales, con lo que se les brindan garantías procesales y de acceso a la justicia. De esta forma, al igual que ante la Corte IDH, pero a diferencia de la CPI, se reconoce a las víctimas como partes del proceso, pero en calidad de intervinientes especiales.[105]

Debe recordarse que la acreditación de las víctimas es un acto declarativo a través del cual estas alcanzan la calidad de intervinientes especiales y, por lo tanto, adquieren la facultad de participar dentro de los diversos procedimientos judiciales y hacer valer sus derechos de manera diferencial, teniendo en cuenta las particularidades del procedimiento al interior de la JEP y, especialmente, los enfoques diferenciales[106] aplicables en cualquier trámite ante esta Jurisdicción.

En ese sentido, la participación debe atender las particularidades de las víctimas –enfoques diferenciales–, ser progresiva –con espacios efectivos de escucha e incidencia en las diferentes etapas procesales– y preferentemente colectiva –lo cual no quiere decir que esta no pueda tener lugar de manera individual–. A continuación, se explican algunos de los derechos en cabeza de las víctimas acreditadas ante la JEP.

- *Participación procesal en calidad de interviniente especial*. Una vez la víctima se encuentra acreditada, obtiene la calidad de interviniente especial. En el marco de su participación procesal, las víctimas tienen derecho a: i) aportar pruebas, ii) interponer recursos, iii) recibir asesoría judicial y acompañamiento psicológico, iv) ser informadas del avance del proceso judicial, v) intervenir en diligencias y audiencias públicas,[107] entre otros.

---

[104] Carlos Guillermo Castro, Juan Ramón Martínez y Laura Quijano, *Introducción a la Jurisdicción Especial para la Paz*, Bogotá, Universidad del Rosario, Tirant lo Blanch, 2022, p. 406.

[105] Ley 1922 de 2018, artículo 4. "Son intervinientes especiales: la víctima, la correspondiente Autoridad Étnica cuando el delito haya afectado a un miembro de su respectiva comunidad y el Ministerio Público cuya participación se realizará conforme a lo señalado en el Acto Legislativo No.1 de 2017, la Ley Estatutaria de la JEP y la presente ley".

[106] Ley 1922 de 2018, artículo 1(c). "La JEP observará en todas sus actuaciones, procedimientos, decisiones y controles, enfoques diferenciales con ocasión de la condición de discapacidad; la orientación sexual o la pertenencia a la población LGBTI; la raza o etnia; la religión o creencias la pertenencia a la tercera edad; o ser niños, niñas y adolescentes; entre otros; y la diversidad territorial. Este principio de diversidad se traduce en la obligación de adoptar medidas adecuadas y suficientes a favor de los sujetos de especial protección constitucional".

[107] Ley 1957 de 2019, artículo 15.

Para efectos académicos, se abordarán algunos de los espacios creados para la participación procesal, exclusivamente en la ruta con reconocimiento de esta Jurisdicción. Es importante destacar que, no obstante las características del proceso dialógico como máxima representación del paradigma de justicia transicional diseñado e implementado para la JEP, y en el cual la centralidad de las víctimas y el enfoque restaurativo hallan su mayor manifestación, los principios orientadores y las reglas de participación de víctimas rigen igualmente los procesos con ausencia de reconocimiento y los que se siguen para los partícipes no determinantes en las salas de justicia.

En este procedimiento, dada su naturaleza dialógica, dicha participación ocupa un lugar protagónico y puede darse ante la SRVR[108] en fases procesales como los actos tempranos de reconocimiento de verdad, las medidas de construcción dialógica de la verdad,[109] la audiencia de reconocimiento de verdad,[110] entre otros. Tal participación inicia con la presentación de informes ante la Sala de Reconocimiento de parte de víctimas y organizaciones de víctimas indígenas, negras, afrocolombianas, raizales, palenqueras o Rrom y de derechos humanos en las que se documentan los hechos del conflicto armado colombiano, anteriores al 1 de diciembre de 2016, que constituyen graves violaciones de los derechos humanos e infracciones al DIH.

En efecto, frente a los trámites individuales, entendidos como aquellos adelantados en primera instancia ante la SAI y la SDSJ frente a quienes no son máximos responsables,[111] las víctimas se encuentran facultadas para presentar observaciones sobre los beneficios otorgados al compareciente, entre otros aspectos del proceso.

Por último, en el marco del procedimiento con reconocimiento, ante el Tribunal para la Paz, las víctimas contarán con espacios de participación, antes y durante la audiencia de verificación[112] o la audiencia de inexistencia de correspondencia,[113] según tenga lugar en el curso del proceso de cada uno de los macrocasos ante la Sección de Reconocimiento. Esta Sección ha facilitado espacios de participación de las víctimas desde el inicio de esta fase del proceso transicional dialógico.

[108] *Ibid*., artículo 27 D.
[109] *Ibid*., artículo 27.
[110] *Ibid*., artículo 27 C.
[111] JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Sentencia Interpretativa Senit 3 de 2022, párrafo 205.
[112] Ley 1922 de 2018, artículo 30.
[113] *Ibid*., artículo 31.

Una buena práctica de la Sección ha sido la celebración de audiencias de observaciones a las resoluciones de conclusiones en el Caso 01, Toma de rehenes, graves privaciones de la libertad y otros crímenes concurrentes cometidos por las FARC-EP,[114] así como en los subcasos Costa Caribe[115] y Norte de Santander[116] del Caso 03, Asesinatos y desapariciones forzadas ilegítimamente presentados como bajas en combate por agentes del Estado. Precisamente, estas audiencias son el resultado de la *Guía de orientaciones prácticas para la participación de las víctimas en el procedimiento de la Sección con Reconocimiento de Verdad y de Responsabilidad*, aprobada en 25 de enero de 2022, en la cual se plasmaron unos lineamientos para cada etapa procesal ante la SeRVR con el fin de garantizar no solo una participación efectiva, sino una participación integral, accesible y diferencial, informada y dialógica de las víctimas. A manera de ejemplo, la SeRVR propuso la creación de espacios que materialicen dicha participación, como son los espacios extraprocesales dialógicos.[117]

Por último, y con el fin de garantizar los principios de centralidad de las víctimas y participación integral y efectiva, la SeRVR también ha reconocido la posibilidad de acreditación de la calidad de víctima en esta etapa del proceso[118] en aplicación de la garantía de acreditación establecida en la ley de procedimiento.[119] Todo lo anterior, para garantizar la participación efectiva de las víctimas incluso antes de que haya un pronunciamiento sobre la correspondencia de la resolución de conclusiones.

- *Representación judicial individual o colectiva*. La ley de procedimiento de la JEP dispone que las víctimas podrán participar en los diversos momentos establecidos para ello, y que podrán hacerlo por sí mismas, por medio de apoderado de confianza o designado por la organización de víctimas, a través de representante común otorgado por el Sistema Autónomo de Asesoría y Defensa (SAAD), o, de manera subsidiaria, por apoderado que designe el sistema de defensa pública.[120] Asimismo, establece que, con el fin de asegurar la eficacia del procedimiento, las salas o secciones

[114] Celebrada en Bogotá el 4 de julio de 2023 y convocada mediante Auto TP-SeRVR-RC-AS-CA-SA 08 del 9 de junio de 2023.

[115] Celebrada en Valledupar los días 31 de agosto y 1 de septiembre de 2023 y convocada por Auto-TP-SeRVR-RC-AS-AMOA 04 del 26 de julio de 2023.

[116] Celebrada en Bogotá los días 7 y 8 de noviembre de 2023 y convocada en el Auto-TP-SeRVR-RC-AS 005 del 24 de agosto de 2023.

[117] Jurisdicción Especial para la Paz, *Manual para la participación de las víctimas ante la Jurisdicción Especial para la Paz*, Bogotá, JEP, 2020, p. 240.

[118] JEP - Sección de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad, *Guía de orientaciones prácticas para la participación de las víctimas ante la SeRVR*, Aprobada el 25 de enero de 2022; Ley 1922 de 2018, artículo 3.

[119] Lay 1922 de 2018, artículo 3.

[120] *Ibid*., artículo 2.

podrán disponer que la participación de las víctimas o de ciertos grupos de estas se haga de forma colectiva, principalmente en los macrocasos.[121] En el examen de constitucionalidad al proyecto de ley estatutaria de la JEP, la Corte señaló que la representación común[122] "es coherente […] con las metodologías de judicialización de la JEP que [obedecen] a macroprocesos basados en la identificación de patrones que se atribuyen a los máximos responsables".[123]

- *Participación en el componente restaurativo de las sanciones*. En el marco de los procesos ante la SRVR, el proyecto de sanción que se incluya en la resolución de conclusiones "podrá ser definido con participación de las víctimas".[124] Además, en el proyecto de sanción se deberá incluir un "mecanismo de consulta con los representantes de las víctimas residentes en el lugar de ejecución, o con las autoridades indígenas del lugar donde vaya a ejecutarse la sanción cuando esta vaya a ejecutarse en resguardos, para recibir su opinión y constatar que no se oponen al contenido del mismo".[125] En relación con los trámites individuales, las víctimas se encuentran facultadas para presentar observaciones sobre los beneficios otorgados al compareciente, así como al compromiso claro, concreto y programado (CCCP) que contempla los aportes de verdad y la propuesta de reparación y no repetición de quien se somete ante la JEP.[126] De esta forma, se estima que la construcción dialógica del CCCP sea un escenario de dignificación de las víctimas en el que las salas de justicia impriman el acento restaurativo a los trámites individuales[127] en los que se verifica el régimen de condicionalidad.[128] Por último, en el trámite ante la SeRVR, la existencia de espacios adecuados de participación para las víctimas será valorada por esta al momento de evaluar el componente reparador-restaurador de la sanción.[129]
- *Derechos derivados de la aplicación del enfoque étnico o territorial*. El capítulo étnico del Acuerdo Final de Paz y el marco normativo de la JEP señalan

---

[121] *Ibid*., artículo 2, párrafo 2.

[122] De acuerdo con el *Manual para la participación de las víctimas ante la Jurisdicción Especial para la Paz*, *op. cit*., "la representación común es la figura por medio de la cual un grupo de víctimas reconocidas en un proceso judicial tienen un mismo representante, en virtud de que i) han sido víctimas de los mismos o similares hechos que conforman un patrón de criminalidad bajo análisis en un Caso ante la JEP, o ii) están relacionadas por otros criterios que permiten su agrupación dentro del proceso, por ejemplo, pertenecen a un mismo núcleo familiar, a una misma comunidad, territorio, grupo étnico, entre otros".

[123] Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-080 de 2018, cit.

[124] Ley 1922 de 2018, artículo 27.

[125] Ley 1957 de 2019, artículo 141.

[126] Ley 1922 de 2018, artículos 46 y 48.

[127] JEP -Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Sentencia 230 de 2021.

[128] Ley 1957 de 2019, artículo 20.

[129] *Ibid*., artículo 15; Corte Constitucional de Colombia, sentencias C-080 de 2018 y C-538 de 2019.

que los pueblos indígenas, Rrom, negros, afrocolombianos, raizales y palenqueros tienen la facultad de participar ante la JEP de forma individual o como sujeto colectivo, cuando el delito haya afectado a un miembro de la comunidad. Una vez que se acreditan dentro de la Jurisdicción, tienen, entre otros derechos, los siguientes: i) ser notificadas con pertinencia étnica y cultural de todas las actuaciones; ii) ser informadas del avance de la investigación y del proceso; iii) acceder al expediente; iv) contar, cuando se requiera, con traductores e intérpretes; v) aportar pruebas e interponer recursos; vi) recibir asesoría, orientación y representación judicial con pertinencia cultural; vii) contar con acompañamiento psicológico y jurídico o sociocultural; viii) participar en la construcción de los proyectos de TOAR.[130]

En el trámite ante la SeRVR, en la *Guía de orientaciones prácticas para la participación de las víctimas en el procedimiento de la Sección con Reconocimiento de Verdad y de Responsabilidad* (2022) se acordó que "en aplicación del enfoque territorial de la JEP[131] y en aras de garantizar las condiciones de accesibilidad para que las víctimas participen integralmente en su procedimiento,[132] la Sección propenderá por llevar a cabo sus diligencias en las regiones, incluidas las audiencias de verificación y la de inexistencia de correspondencia".

Ahora bien, la participación efectiva e integral de las víctimas en escenarios de macrovictimización presenta un desafío en la forma como se garantiza la participación del gran número de víctimas acreditadas a la fecha[133] y, paralelamente, sin desconocer el principio de estricta temporalidad[134] que rige las actuaciones de esta Jurisdicción. Sin embargo, este escenario no es exclusivo de la JEP y, por ende, ha sido un desafío latente para los tribunales penales y, con especial atención, para los escenarios de justicia transicional.

---

130 JEP, *Manual para la participación de las víctimas ante la Jurisdicción Especial para la Paz*, *op. cit.*, p. 312.

131 Ley 1922 de 2018, artículo 1.c.

132 JEP, *Manual para la participación de las víctimas ante la Jurisdicción Especial para la Paz*, *op. cit.*, p. 27.

133 Al 12 de enero de 2024, 9.171 víctimas individuales y 319 sujetos colectivos (compuestos por 338.430 individuos) habían sido acreditados por la JEP. Cfr. JEP, *Principales estadísticas: acumulado histórico*, *op. cit*.

134 El *principio de estricta temporalidad* tiene amplio sustento jurídico. El artículo 5 transitorio del Acto Legislativo 1 de 2017 establece que la JEP "administrará justicia de manera transitoria". La Corte Constitucional, al declarar la exequibilidad condicionada de esa reforma, señaló que el término de actuación de la JEP no podrá exceder de veinte años. La Jurisdicción tiene que cumplir su propósito institucional dentro de un marco cronológico que no puede superar dos décadas, contadas a partir de su plena entrada en funcionamiento. Y esa circunstancia tiene implicaciones normativas. Ella obliga a aplicar a todas las actuaciones un criterio de eficacia, tanto sustantiva como procedimental. JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Sentencia Interpretativa TP-SA-Senit 1 de 2019, párrafo 11.

De acuerdo con Human Rights Watch, considerando el número elevado de víctimas, los tribunales penales deben solventar la tensión entre la garantía de participación efectiva a la que tienen derecho las víctimas y la salvaguarda de los derechos del acusado en un juicio justo y eficaz.[135] Precisamente, la Sección de Apelación ha aclarado que el reconocimiento del derecho a la participación no es sinónimo de intervenciones sin restricción alguna ni de actuaciones masivas o desordenadas que amenacen los derechos de las víctimas.[136] De esta forma, la SA respaldó la interpretación de algunas organizaciones de la sociedad civil,[137] según la cual la participación de las víctimas –como eje central de un modelo restaurativo– no se materializa con la asistencia formal de las víctimas a una actuación judicial.[138] Bajo esta línea, la participación de las víctimas debe ser proporcional al ejercicio jurisdiccional de la JEP en armonía con el principio de eficiencia de la administración de justicia.[139]

Resultados de la participación efectiva: alcance e impacto de la reparación a las víctimas y la supervisión de cumplimiento de las decisiones de los órganos de justicia

La reparación integral a las víctimas en cabeza del Estado en el SIDH y la importancia de la supervisión de las sentencias como garantía de cumplimiento de los derechos humanos

El derecho a la reparación se encuentra tanto en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (DADH),[140] en el artículo XVIII, como en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), en los artículos 1, 2, 8, 25 y directamente en el 63.[141] De acuerdo con lo que ha establecido la Corte IDH, cualquier perjuicio derivado del incumplimiento de una obligación internacional por parte de un sujeto de derecho internacional debe ser subsanado.[142] Lo anterior constituye una norma consuetudinaria del derecho internacional.[143]

---

[135] Human Rights Watch, *Los primeros años de la Corte Penal Internacional*, Nueva York, Human Rights Watch, 2008, p. 177.

[136] JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Sentencia Interpretativa TP-SA-Senit 1 de 2019, párrafo 74.

[137] Específicamente el International Center for Transitional Justice (ICTJ), Dejusticia y la Universidad de Essex.

[138] JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Sentencia Interpretativa TP-SA-Senit 1 de 2019, párrafo 75.

[139] *Ibid.*, párrafo 74

[140] Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, aprobada durante la Novena Conferencia Internacional Americana celebrada en Bogotá el 2 de mayo de 1948.

[141] Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) (CADH), 22 de noviembre de 1969, San José de Costa Rica, G.O. 9460, 11 de febrero de 1978.

[142] Corte IDH, Caso Lori Berenson Mejía vs. Perú, Sentencia de 25 de noviembre de 2004, párrafo 230.

[143] Corte IDH, Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales vs. Guatemala), Sentencia de 26 de mayo de 2001, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 77, párrafo 62; Caso Chitay Nech y otros

La Corte también ha reconocido que, en virtud del artículo 1.1 de la Convención, los Estados están obligados a prevenir, investigar y sancionar las violaciones de los derechos reconocidos. También, deben esforzarse por restaurar los derechos afectados y, cuando sea posible, compensar los daños causados por violaciones de los derechos humanos. Esto implica la responsabilidad legal de garantizar una reparación adecuada a las víctimas de violaciones de los derechos humanos.[144] Así pues, la Corte ha desarrollado cinco ejes que debe comprender la reparación integral:[145] i) restitución, ii) indemnización, iii) rehabilitación, iv) satisfacción y v) medidas de no repetición.[146] Dicha posición respecto de la reparación integral se repite y es aplicada en diversos casos como Trujillo Oroza vs. Bolivia,[147] Caracazo vs. Venezuela,[148] Juan Humberto Sánchez vs. Honduras,[149] Gómez Palomino vs. Perú,[150] Masacre de Mapiripán vs. Colombia,[151] y otros en los que la Corte, a través de sus sentencias, expresa de manera directa la orden de reparación a los Estados responsables, utilizando diversos métodos y formas según las circunstancias del caso y el daño ocasionado.

En contraste, en el caso de la JEP, la responsabilidad del Estado colombiano de llevar a cabo una reparación integral a las víctimas en el contexto del proceso de justicia transicional posterior al Acuerdo de Paz no recae exclusivamente en este órgano jurisdiccional,[152] como se verá más adelante. En este sentido, es importante entender que la JEP debe coordinarse de manera efectiva con otros mecanismos estatales que comparten responsabilidades en la reparación a las víctimas.

---

vs. Guatemala, Sentencia de 25 de mayo de 2010, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 212, párrafo 227.

144 Corte IDH, Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, Sentencia de 29 de julio de 1998, Serie C, No. 04, párrafos 166 y 174.

145 Jorge Calderón Gamboa, "La evolución de la 'reparación integral' en la jurisprudencia de la Corte IDH", en *Colección Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, México, CNDH, 2013.

146 Jorge Iván Cuervo Restrepo, *Los estándares de reparación de la Corte Interamericana: ¿un estándar muy alto para la realidad colombiana?*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2021. Disponible en: https://www.uexternado.edu.co/wp-content/uploads/2021/09/Los-estandares-de-reparacion-de-la-Corte-Interamericana.pdf.

147 Corte IDH, Caso Trujillo Oroza vs. Bolivia, Sentencia de 27 de febrero de 2002, Reparaciones (CADH, art. 63.1), Serie C, No. 92, párrafo 77.

148 Corte IDH, Caso del "Caracazo" vs. Venezuela, Sentencia de 29 de agosto de 2002, Reparaciones (CADH, art. 63.1), Serie C, No. 93, párrafo 94.

149 Corte IDH, Caso Juan Humberto Sánchez vs. Honduras, Sentencia de 7 de junio de 2003, Serie C, No. 99, párrafo 168.

150 Corte IDH, Caso Gómez Palomino vs. Perú, Sentencia de 22 de noviembre de 2005, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 136, párrafos 146-148; Corte IDH, Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia, Sentencia de 15 de septiembre de 2005, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 134, párrafo 295-304.

151 Corte IDH, Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia, cit., párrafo 295-304.

152 Ley 1957 de 2019, artículo 4; Acto Legislativo 1 de 2017, artículo transitorio 1, inciso 4; Presidencia de la República, Acuerdo Final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera, 2016, punto 5.1.2., párrafo 3. Ratificado el 29 de noviembre de 2016.

Entre ellos se encuentran la Comisión de la Verdad, la Unidad de Búsqueda de Personas dadas por Desaparecidas (UBPD), la Unidad para la Atención y Reparación Integral de las Víctimas (UARIV) y la Unidad de Restitución de Tierras (URT). Esta colaboración entre los distintos mecanismos facilita el acceso de las víctimas a una reparación integral y optimiza el uso de los recursos estatales disponibles. Por lo tanto, la JEP debe orientar sus decisiones a involucrar a las entidades administrativas encargadas de medidas reparatorias, como la UARIV y la URT, a fin de garantizar la efectividad y materialización de los derechos de las víctimas y fomentar la operación conjunta del Estado en su beneficio.[153]

Finalmente, en lo que tiene que ver con la supervisión de cumplimiento de las recomendaciones y órdenes proferidas por estos órganos, los artículos 33, 62, 65, 67 y 68 de la CADH; los artículos 24 y 30 del Estatuto de la Corte, y los artículos 31 y 69 del Reglamento de la Corte[154] enmarcan estas facultades de supervisión y cumplimiento de la Corte IDH.

En múltiples decisiones, como los casos Atala Riffo y Niñas vs. Chile,[155] Mack Chang vs. Guatemala,[156] Fontevecchia D'Amico vs. Argentina,[157] Apritz Barbera y otros vs. Venezuela,[158] López Mendoza vs. Venezuela,[159] Masacre de La Rochela

---

[153] Juan Ospina, Cielo Linares y Svenja Leyke, *Desafíos y oportunidades del SIVJRNR*, Bogotá, Comisión Colombiana de Juristas, GIZ, 2019.

[154] El artículo 69 del Reglamento de la Corte IDH: "Supervisión de cumplimiento de sentencias y otras decisiones del Tribunal 1. La supervisión de las sentencias y demás decisiones de la Corte se realizará mediante la presentación de informes estatales y de las correspondientes observaciones a dichos informes por parte de las víctimas o sus representantes. La Comisión deberá presentar observaciones al informe del Estado y a las observaciones de las víctimas o sus representantes". Además, dentro de las labores de supervisión de la Corte IDH se encuentran: el informe de cumplimiento, en la presentación de informes periódicos de los Estados a la Corte, donde se deben detallar las medidas adoptadas para el cumplimiento de las órdenes; la intervención de las partes e intervinientes, tanto la CIDH como los representantes de las víctimas presentan escritos donde proporcionan información y perspectivas respecto del cumplimiento de las obligaciones impuestas; las audiencias de seguimiento que puede convocar la Corte para revisar el estado de cumplimiento de las sentencias y resolver los desafíos de la implementación; los mecanismos de ejecución, que implica que cuando el Estado no cumpla las órdenes impartidas, puede incluir este incumplimiento en el informe anual que rinde ante la Asamblea General de la OEA. Al respecto, véase Felipe González Morales, "La supervisión del cumplimiento de casos por el sistema interamericano y su contraste con el sistema europeo", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, v. 51, n.º 153, 2018, pp. 551-586.

[155] Corte IDH, Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile, Resolución de supervisión de cumplimiento de la Sentencia de 26 de noviembre de 2013.

[156] Corte IDH, Caso Mack Chang vs. Guatemala, Sentencia de 25 de noviembre de 2003, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 115, voto concurrente razonado del juez Sergio García Ramírez, párrafo 73.

[157] Corte IDH, Caso Fontevecchia y D'amico vs. Argentina, Resolución de supervisión de cumplimiento de la Sentencia de 1 de septiembre de 2015, párrafo 7.

[158] Corte IDH, Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") vs. Venezuela, Resolución de supervisión de cumplimiento de la Sentencia de 23 de noviembre de 2012, párrafo 39.

[159] Corte IDH, Caso López Mendoza vs. Venezuela, Resolución de supervisión de cumplimiento de la Sentencia de 20 de noviembre de 2015, párrafo 11.

vs. Colombia[160] y otros, la Corte ha sostenido la importancia de la supervisión de cumplimiento, la cual se considera en sí misma una vía de protección de los derechos humanos.[161]

Así, a la fecha, la Corte IDH ha proferido al menos 266 sentencias condenatorias en las que ordenó reparaciones –que se encuentran actualmente bajo la supervisión–, de las cuales, 28 de estas decisiones fueron emitidas contra Colombia.[162] Esta cifra evidencia la importancia de la reparación a las víctimas y su seguimiento, situación que es significativamente alta y positiva comparada con las de otros tribunales internacionales como la CPI, según se describe a continuación.

Los avances realizados por la CPI en materia de reparación a las víctimas y asuntos pendientes de seguimiento y cumplimiento de órdenes

A pesar de que la reparación a las víctimas es un derecho ampliamente reconocido en el ámbito internacional[163] para quien ha sufrido un perjuicio producto de un hecho ilícito, su materialización y efectividad siguen generando múltiples cuestionamientos que se acentúan cuando de la responsabilidad penal internacional del individuo se trata.[164]

A diferencia de otras instituciones judiciales internacionales, los tribunales penales internacionales *ad hoc* (Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia [TPIY] y Tribunal Penal Internacional para Ruanda [TPIR]) no establecieron en sus estatutos reglas y procedimientos claros en materia de reparación de víctimas, en tanto la única referencia se encuentra en el artículo 106 de las Reglas de Procedimiento y Prueba (RPP) de ambos tribunales, que se limita a señalar que las víctimas tienen la posibilidad de acudir a sus cortes domésticas para reclamar la compensación por los daños generados, con fundamento en la sentencia que profiera el respectivo tribunal en contra del acusado.[165] Es

---

[160] Corte IDH, Caso de la masacre de La Rochela vs. Colombia, Resolución de supervisión de cumplimiento de la Sentencia de 31 de agosto de 2015, párrafo 2.

[161] Corte IDH, Caso Yatama vs. Nicaragua, Resolución de supervisión de cumplimiento de la Sentencia de 22 de agosto de 2013, párrafo 11.

[162] Corte IDH, Casos en etapa de supervisión de sentencia: https://www.corteidh.or.cr/casos_en_supervision_por_pais.cfm

[163] Artículo 8 de la Declaración de Derechos Humanos; artículo 13 de la Convención Europea para la Protección de Derechos Humanos y Libertades; artículo 6 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; artículo 2(3) de la Convención Internacional de Derechos Civiles y Políticos; artículo 14 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; artículo 39 de la Convención de los Derechos del Niño; artículo 7 de la Carta Africana de Derechos Humanos.

[164] Carla Ferstman, *Reparations at the ICC: The Need for a Human Rights Based Approach to Effectiveness*, SSRN. 2019, p. 17. Disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3451182.

[165] El literal b) del artículo 106 de las Reglas de Procedimiento y Prueba del TPIY y el TPIR señala: "Pursuant to the relevant national legislation, a victim or persons claiming through the victim may bring an action in a national court or other competent body to obtain compensation".

decir, el derecho a la reparación de las víctimas en estos escenarios se limitaba a la habilitación de recursos internos para acceder a dicha compensación, por lo que la citada disposición resultaba de limitada utilidad para las víctimas.[166]

Ahora bien, a pesar de que la práctica de los tribunales *ad hoc* puso en evidencia la necesidad de incorporar mecanismos en el ámbito de responsabilidad penal internacional que fuesen efectivos en materia de reparación a las víctimas,[167] durante la negociación del ER, los Estados demostraron gran renuencia a hacerlo.[168] Sin embargo, en la versión final del instrumento, se acordó la inclusión de los artículos 75 y las reglas 94 a 98 de las RPP, que establecen de manera general el procedimiento de reparación a las víctimas ante la CPI, disposiciones que, en todo caso, son mucho más amplias que las previstas para los tribunales *ad hoc* y que las inicialmente previstas en el SIDH.

Por un lado, el artículo 75 del ER determina la posibilidad de que la Corte, por solicitud o *motu proprio*, en "circunstancias excepcionales" determine en la decisión que adopte, el alcance y "la magnitud de los daños, pérdidas o perjuicios causados a las víctimas o a sus causahabientes".[169] Las formas de reparación señaladas dentro del referido artículo incluyen algunas de las clásicas previstas para la responsabilidad internacional de los Estados: la restitución, la indemnización y la rehabilitación,[170] que también han sido adoptadas por otros tribunales internacionales como la Corte IDH, como se mencionó en párrafos anteriores.

A su vez, el artículo 79 del ER establece la creación del Fondo Fiduciario para las Víctimas en beneficio de estas y de sus familiares por crímenes de competencia de la Corte, quien puede ordenar que las sumas y los bienes que reciba a título de multa o decomiso sean transferidos al Fondo Fiduciario.[171]

Ahora bien, en relación con el artículo 75, la Sala de Apelaciones de la CPI ha indicado que las reparaciones no tienen un carácter autónomo respecto de la condena, sino que están directamente relacionadas con los crímenes por los que

---

[166] Mohammed Bassiouni y Peter Manikas, *The Law of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*, Chicago, Depaul University, 1995, pp. 179-200. Disponible en: https://via.library.depaul.edu/lawfacpubs/297.

[167] Carla Ferstman, "The reparation regime of the International Criminal Court: Practical considerations, *Leiden Journal of International Law*, v. 15, n.º 3, 2002, pp. 669-673.

[168] Naciones Unidas, UN Doc. S/2000/1063, 3 de noviembre de 2000.

[169] Artículo 75(1) del ER.

[170] Artículo 75(2) del ER.

[171] La CPI puede adoptar esta decisión en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 75 del ER. A su vez, la Regla 94 de las RPP describe el procedimiento que se debe adelantar cuando sea una víctima o un tercero interesado quien presente una solicitud de reparación. Cuando sea la Corte quien considere de oficio que se deba ordenar una reparación en contra de un posible responsable, la Regla 95 de las RPP la obliga a notificar a las personas contra las cuales esté evaluando la posibilidad de tomar una decisión, y, en la medida de lo posible, a las víctimas, las personas y los Estados interesados.

se declare culpable al máximo responsable.[172] Así, tanto en el Caso Lubanga,[173] como en el Caso Bemba,[174] la Sala de Apelaciones determinó que "la Sala debe respetar las limitaciones de esta Corte y recuerda que solo puede abordar la indemnización de los daños sufridos como resultado de la persona que […] ha sido declarada culpable".[175] En todo caso, es importante tener en cuenta que el representante legal de las víctimas puede apelar la decisión por la cual la Corte les concede o deniega una reparación.[176]

Así, sin perjuicio de las diferentes disposiciones normativas que existen y herramientas que pueden ser usadas por la Corte, lo cierto es que, en la medida en que las órdenes de reparación solo pueden emitirse contra personas que sean condenadas, a la fecha, tras más de 22 años de funcionamiento de la CPI, únicamente se han proferido cuatro órdenes de reparación,[177] por lo que las expectativas de las víctimas siguen latentes.

De otro lado, respecto de las disposiciones previstas en las RPP, la Regla 97 precisa que las reparaciones que ordene la Corte podrán ser individuales o colectivas. Además, autoriza la designación de peritos que apoyen en la labor de determinación de la magnitud de los daños. En este punto es importante señalar que, mientras que las órdenes de reparación individuales se realizan generalmente en términos de compensaciones económicas, cuando se trata de reparaciones colectivas, las decisiones son generalmente de naturaleza simbólica o conmemorativa, y de programas que tengan como propósito beneficiar a la comunidad de víctimas.[178] A su vez, la Regla 98 determina el procedimiento sobre el depósito y pago las reparaciones a través del Fondo Fiduciario.

A manera de ejemplo, la primera orden de la CPI en materia de reparación tuvo lugar en el Caso Lubanga, en el que, dada la multiplicidad de víctimas y las solicitudes de reparación individual, la Sala de Primera Instancia de la CPI ordenó reparaciones "comunitarias" que fueron recomendadas por el Fondo

---

[172] Ferstman, *Reparations at the ICC: The Need for a Human Rights Based Approach to Effectiveness*, *op. cit.*, p. 17.

[173] CPI, Fiscal c. Thomas Lubanga Dyilo, Versión Pública de CPI-01/04-01/06-2803-Conf-Exp, Fondo Fiduciario de Víctimas, Primer Reporte de Reparaciones, CPI-01/04-01/06, (SCP I), 1 septiembre de 2011.

[174] CPI, Fiscal c. Jean-Pierre Bemba Gombo, Decisión final sobre el procedimiento de reparaciones, CPI-01/05-01/08-3653, 3 de agosto de 2018, párrafo 3.

[175] *Idem*.

[176] Regla 82 RPP. Véase Rafael Sánchez, "Participación de víctimas: riesgos y beneficios. Dos lecciones de la Corte Penal Internacional a la Jurisdicción Especial de Paz en Colombia", *Revista Prolegómenos*, 2019, pp. 63-78.

[177] La orden de reparación más reciente de la CPI fue la proferida en el caso de Bosco Ntaganda, Orden de Reparación, ICC-01/04-02/06-2659, 8 de marzo de 2021.

[178] Regla 97 RPP.

Fiduciario, pues consideró que estas podrían generar un mayor beneficio y utilidad que las reparaciones individuales.[179]

Aunado a lo anterior, en lo que tiene que ver con el cumplimiento de las órdenes de reparación, la Regla 218 de las RPP dispone que los Estados tienen la obligación de hacer efectivas estas órdenes. Además, la Regla 219 establece la imposibilidad de que los Estados modifiquen la reparación, la magnitud del daño, o las pérdidas que decrete la Corte. Sin embargo, no existe una disposición expresa que ordene a alguno de los órganos de la CPI verificar el cumplimiento efectivo de estas órdenes, por lo que algunos autores han llegado a considerar que esta obligación radica en cabeza de la Presidencia de la Corte, dada su capacidad decisoria en lo que tiene que ver con asignación de bienes o haberes pertenecientes al condenado.[180]

A la luz de lo expuesto, se puede afirmar que la efectividad de reparar a las víctimas es uno de los mayores retos a los que se enfrenta la CPI.[181] A pesar del avance de las herramientas legales dispuestas tanto en el ER como en las RPP en materia de reparación de víctimas, y la existencia de órganos como el Fondo Fiduciario que tiene la capacidad de realizar pagos a estas estas (lo que evidencia la intención de la comunidad internacional de hacer efectivo este deber), son pocas las órdenes de reparación que se han proferido a la fecha.

La visión retributiva-restauradora de la reparación de las víctimas en la JEP y el mecanismo de monitoreo y verificación de las sanciones propias: desafío para la Sección de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad

Para comprender cómo la reparación a las víctimas y su funcionamiento en la JEP implican un desafío, resulta necesario explicar de forma breve el contexto en el que fue creada la Jurisdicción y, en particular, su diseño desde el Acuerdo Final de Paz (AFP). Para ello, en primer lugar, se harán algunas consideraciones de la reparación en el Sistema Integral para la Paz (SIP); en segundo lugar, se explicará su relación con el sistema de reparación integral en cabeza del Estado; y, por último, se expondrá el rol de las víctimas en la construcción de las sanciones.

El punto 5 del AFP creó el SIP conformado por un conjunto de mecanismos judiciales y extrajudiciales cuyo propósito es la "satisfacción de los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia, la reparación y la no repetición, sobre la premisa de no intercambiar impunidades".[182] El componente de justicia está

[179] CPI, Fiscal c. Thomas Lubanga Dyilo, Decisión que establece los principios y procedimientos de las reparaciones, CPI-01/04-01/06-2904, 7 de agosto de 2012, párrafo 274.

[180] Eva Dwertmann, *The Reparation System of the International Criminal Court*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2010, p. 280.

[181] Ferstman, *Reparations at the ICC: The Need for a Human Rights Based Approach to Effectiveness*, *op. cit.*, p. 17.

[182] Presidencia de la República, Acuerdo Final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera, *op. cit.*, punto 5.1.

conformado por la JEP, la cual emplea un modelo de investigación y judicialización de fenómenos de macrocriminalidad con enfoque restaurativo, lo cual implica un especial énfasis en las víctimas.

Sin embargo, el SIP no puede entenderse de forma aislada de los antecedentes legales y jurisprudenciales en materia de reparación a las víctimas del conflicto armado colombiano. Por ejemplo, la Ley 1448 de 2011 o Ley de Víctimas y Restitución de Tierras (mencionada previamente), es uno de los antecedentes legislativos más importantes, pues, por medio de esta ley, se crearon diversas medidas para la reparación *integral* de las víctimas del conflicto armado. A propósito del calificativo "integral", el componente de reparación a cargo del Sistema Nacional de Atención y Reparación a las Víctimas (SNARIV) fue creado por la mencionada Ley.

En ese sentido, la JEP tiene competencias concurrentes con los demás órganos del SIP "con miras a satisfacer los derechos de las víctimas a la verdad, la reparación y la no repetición".[183] Existen diversas medidas de reparación enfocadas en resarcir los daños causados. En primer lugar, por vía del procedimiento administrativo, los programas de reparación reglamentados en la Ley 1448 de 2011 se encuentran en cabeza del Gobierno. En segundo lugar, por vía judicial, la JEP puede imponer sanciones o tomar decisiones en el marco del régimen de condicionalidad que contribuyan a la reparación de las víctimas.[184] Por ende, las indemnizaciones son uno de los componentes de la reparación integral que corresponde al programa de reparaciones del Estado colombiano.[185]

Ahora, es pertinente mencionar las características de las diferentes sanciones que se impondrán por el Tribunal para la Paz de la JEP. Según el AFP y las normas que lo implementan,[186] el Tribunal podrá imponer tres tipos de sanciones: ordinarias, alternativas o propias.[187] Independientemente de la clase de sanción que sea impuesta, existe un común denominador entre ellas: su

---

183 JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto 1376 de 2023.

184 *Ibid.*, párrafo 30.

185 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-080 de 2018.

186 Ley 1957 de 2019, artículos 126, 128, 129 y 130.

187 Al respecto, en los Lineamientos en materia de sanción propia y TOAR la SeRVR precisó: "(i) las sanciones ordinarias, con privación de la libertad por un período de 15 a 20 años; (ii) las sanciones alternativas, con privación de la libertad de 5 a 8 años, que serán impuestas cuando se aporte verdad plena y se acepte responsabilidad ante la Sección de Ausencia de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad; y (iii) las sanciones propias, que se imponen a quien aporte verdad plena y detallada y acepte responsabilidad ante la Sala de Reconocimiento, y que exigen la realización de trabajos, obras y actividades con contenido reparador-restaurador, acompañadas de medidas de restricción efectiva de libertades y derechos por un tiempo de 5 a 8 años5. Adicionalmente, para quienes no tuvieron una participación determinante en los crímenes más graves y representativos, (iv) se aplican, según corresponda, sanciones propias o alternativas de 2 a 5 años". JEP - Sección de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad, Lineamientos en materia de sanción propia y TOAR, 14 de abril de 2020.

finalidad. De conformidad con el artículo 125 de la Ley 1957 de 2019, la finalidad esencial es la satisfacción de los derechos de las víctimas.

Así, es claro que la centralidad de las víctimas es un pilar que guía las actuaciones de la JEP y en general del SIP. Bajo esta lógica, las competencias concurrentes simplemente permiten distribuir funciones a los diferentes órganos bajo la premisa de que "todos quienes hayan causado daños con ocasión del conflicto deben contribuir a repararlo".[188] En el mismo sentido, todas las víctimas tienen la oportunidad de participar en la construcción de las sanciones que se impondrán, en las que se debe propender por la mayor función restaurativa y reparadora del daño.

Sin perjuicio de lo anterior, todos los comparecientes ante la JEP deberán contribuir a la satisfacción de los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación mediante el *régimen de condicionalidad*, entendido como un conjunto de obligaciones encaminadas a contribuir con el SIP. En el marco del régimen de condicionalidad deberán presentar una propuesta de acciones concretas para reparar el daño causado mediante trabajos, obras o actividades con contenido reparador-restaurador (TOAR).[189]

Para efectos del presente escrito, se analizará la participación de las víctimas exclusivamente frente a las sanciones propias, a partir de los dos componentes que las caracterizan: el *retributivo* y el *reparador-restaurador*. El primero hace referencia a que los sancionados estarán sometidos a un régimen de restricción de derechos y libertades[190] que permite que las sanciones cumplan con los estándares internacionales para que sean eficaces y genuinas. El segundo componente se relaciona con que las sanciones tengan una función restaurativa y reparadora[191] que se materializa mediante la realización de TOAR.

A partir de este contexto, es evidente que, para que las sanciones propias y los TOAR cumplan con la función restaurativa y reparadora las víctimas deben tener una participación efectiva a través de una construcción dialógica de estas que imprima un acento restaurativo.[192] Por este motivo, las normas transicionales incluyeron referencias a cómo se materializa la participación de las víctimas en el proceso sin desconocer la lógica macrocriminal que caracteriza a la JEP ni el carácter dialógico propio de un proceso de justicia transicional.[193]

---

[188] Ley 1957 de 2019, artículo 39.

[189] JEP - Sección de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad, Lineamientos en materia de sanción propia y TOAR, cit.

[190] Corte Constitucional, Sentencia C-080 de 2018.

[191] Ley 1957 de 2019, artículo 125.

[192] JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Sentencia 230 de 2021.

[193] Por ejemplo, en el marco de los procesos ante la SRVR, el proyecto de sanción que se incluya en la resolución de conclusiones podrá ser definido con participación de las víctimas. Además, en el proyecto de sanción se deberá incluir un mecanismo de consulta con los representantes de las víctimas residentes en el lugar de ejecución de la sanción, o con las autoridades indígenas del lugar.

Por último, en lo que tiene que ver con el seguimiento de las decisiones que profiera la SRVR de la JEP, en los casos de reconocimiento de verdad y responsabilidad, es importante mencionar que, aunque a la fecha no se ha emitido la primera sentencia o impuesto la primera sanción propia,[194] se prevé un mecanismo de monitoreo y verificación para el cumplimiento de estas.[195] El mecanismo asegurará que las sanciones propias sean vigiladas y controladas adecuadamente, coordinando las acciones de la Misión de Verificación de las Naciones Unidas en Colombia, la Secretaría Ejecutiva y la SRVR de la JEP.[196] Es de resaltar que, al momento, no se ha previsto la participación de las víctimas en esta tarea, pues según la norma aplicable será "la Sección [quien] supervisará y certificará el cumplimiento efectivo de su[s] sentencia[s]".[197] Esto, en todo caso, no obsta para que, en su puesta en marcha, el mecanismo dé cabida a la participación de las víctimas, sus representantes y organizaciones.

Conclusiones

Como se puede apreciar, a partir del análisis descriptivo y comparativo realizado, cada uno de los sistemas halla su propia manera de enfrentar los diferentes desafíos que en materia de participación efectiva de víctimas se trata. Dada la naturaleza de cada uno de los tribunales, su creación y evolución, es evidente que las estrategias de garantía de participación de víctimas han tenido que ajustarse a la forma más adecuada que deriva del tipo de responsabilidad que maneja el sistema respectivo, por lo que, a pesar de compartir ciertas características mínimas, no es –ni podría ser– igual en todas ellas. Por este motivo, el presente escrito abordó brevemente los elementos característicos de la participación de

---

Cfr. Ley 1957 de 2019, artículo 141. Frente a los trámites individuales, entendidos como aquellos adelantados en primera instancia ante la SAI y la SDSJ frente a quienes no son máximos responsables, las víctimas se encuentran facultadas para presentar observaciones al CCCP que contempla los aportes de verdad y la propuesta de reparación y no repetición del compareciente. Cfr. Ley 1922 de 2018, arts. 46 y 48; JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Sentencia Interpretativa Senit 3 de 2022, párrafo 205. Respecto del trámite ante la SeRVR, las víctimas podrán presentar observaciones a los diferentes elementos del análisis de correspondencia (como el proyecto de sanción) incluso antes de la audiencia de verificación. En cualquier caso, la existencia de espacios adecuados de participación para las víctimas será valorada por la SeRVR al momento de evaluar el componente reparador-restaurador. Cfr. Ley 1957 de 2019, artículo 15; Corte Constitucional, sentencias C-080 de 2018 y C-538 de 2019.

[194] Ley 1957 de 2019, artículos 126, 127, 132; Acto Legislativo 1 de 2017, artículo 11; Ley 1922 de 2018, artículo 64.

[195] Ley 1957 de 2019, artículo 92; Acto Legislativo 1 de 2017, artículo 25.

[196] Jurisdicción Especial para la Paz y Misión de Verificación de las Naciones Unidas en Colombia, *Protocolo adoptado por la Presidencia de la Jurisdicción Especial para la Paz, la Secretaría Ejecutiva de la Jurisdicción Especial para la Paz y la Misión de Verificación de las Naciones Unidas en Colombia para la adecuada articulación de los componentes del Mecanismo de Monitoreo y Verificación de Sanciones Propias*, 2022.

[197] JEP, *Manual para la participación de las víctimas ante la Jurisdicción Especial para la Paz*, *op. cit.*, 2020.

las víctimas ante el SIDH, la CPI y la JEP con el propósito de identificar los desafíos transversales y algunos mecanismos empleados por estos órganos para superar dichos retos y garantizar los derechos de las víctimas.

En primer lugar, la aproximación hacia una definición de víctima en cada órgano ha sido variada, pero transversalmente se identifica una tendencia común en la limitación de la definición legal de este concepto, por lo que el alcance de su contenido ha sido desarrollado y nutrido por vía jurisprudencial. La permisividad legal sobre el contenido de la definición obedece a una comprensión holística del contexto en que se cometen crímenes internacionales y violaciones de los derechos humanos. En ese sentido, el entendimiento del daño causado a las víctimas no es solo un requisito judicial para solicitar la acreditación como tales, es el motivo por el cual existe la obligación de investigar, juzgar y sancionar, así como de satisfacer los derechos de quienes han sido afectados por el daño. De esta manera, esta tendencia de reconocer el daño en todas sus dimensiones ha permitido a la JEP acreditar a sujetos colectivos, ríos y territorios ancestrales como víctimas.

En segundo lugar, la acreditación de las víctimas y el alcance de sus derechos se encuentran relacionados con la calidad con la que las víctimas comparecen al proceso. De esta forma, el reconocimiento de la víctima como sujeto procesal (sea en calidad de parte o interviniente) amplía las posibilidades de que su participación sea efectiva. Sin perjuicio de lo anterior, a partir de la experiencia de la CPI se puede evidenciar que, aunque las víctimas no sean sujetos procesales, los jueces tienen una amplia gama de posibilidades para garantizar su centralidad y proteger los fines perseguidos por los tribunales internacionales. En todo caso, cuando se trata de investigar y juzgar crímenes internacionales o violaciones de los derechos humanos, los jueces se enfrentan a tensiones intrínsecas a esta clase de procesos, en los que la centralidad de las víctimas debe permanecer como criterio orientador.

Finalmente, en materia de reparación se evidencia un creciente interés en que la reparación integral sea una característica de los tribunales internacionales o cortes nacionales que se materializa con una activa participación de las víctimas a partir de un genuino reconocimiento de su agencia. Por este motivo, ante la dificultad de garantizar una adecuada reparación a las víctimas a pesar de la dimensión de los daños causados por los crímenes o las violaciones de los derechos humanos, el modelo de la JEP se posiciona como una alternativa consistente con los estándares internacionales en la materia, y consecuente con las lecciones aprendidas y buenas prácticas implementadas en el SIDH y la CPI.

Bibliografía

Libros y referencias académicas

Bassiouni, Mohammed y Peter Manikas, *The Law of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*, Chicago, Depaul University, 1995. Disponible en: https://via.library.depaul.edu/lawfacpubs/297.

Buergenthal, Thomas, "The normative and institutional evolution of international human rights", *Human Rights Quarterly*, v. 19, n.º 4, 1997, pp. 703-723.

Calderón Gamboa, Jorge, "La evolución de la 'reparación integral' en la jurisprudencia de la Corte IDH", en *Colección Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, México, CNDH, 2013.

Cuervo Restrepo, Jorge Iván, *Los estándares de reparación de la Corte Interamericana: ¿un estándar muy alto para la realidad colombiana?*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2021. Disponible en: https://www.uexternado.edu.co/wp-content/uploads/2021/09/Los-estandares-de-reparacion-de-la-Corte-Interamericana.pdf.

Dwertmann, Eva, *The Reparation System of the International Criminal Court*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2010.

Estrada Vargas, Eduardo Andrés, "Variación en el cumplimiento de las sentencias emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos", *Revista Latinoamericana de Derechos Humanos*, v. 33, n.º 2, 2022, pp. 85-105. https://doi.org/10.15359/rldh.33-2.4.

Ferstman, Carla, "The reparation regime of the International Criminal Court: Practical Considerations", *Leiden Journal of International Law*, v. 15, n.º 3, 2002, pp. 667-686.

Ferstman, Carla, *Reparations at the ICC: The Need for a Human Rights Based Approach to Effectiveness*, SSRN, 2019. Disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3451182.

González Morales, Felipe, "La supervisión del cumplimiento de casos por el sistema interamericano y su contraste con el sistema europeo", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, v. 51, n.º 153, 2018, pp. 551-586. https://doi.org/10.22201/iij.24484873e.2018.153.13650.

Greppi, Edoardo, "The evolution of individual criminal responsibility under international law", *International Review of Red Cross*, v. 81, n.º 835, 1999, pp. 531-554. https://doi:10.1017/S1560775500059782.

Jacovides, Julia L., "Rethinking victim participation in international criminal tribunals", *Notre Dame Journal of International & Comparative Law*, v. 13, n.º 1, 2023, pp. 98-129.

Jasini, Rudina, *Advancing the impact of victim participation at the International Criminal Court: Bridging the gap between research and practice*, UK Economic and Social Research Council – Oxford University Press, 30 de noviembre

de 2020. Disponible en: Microsoft Word - ICCBA - Oxford Publication_30 November 2020 .docx.

Jurisdicción Especial para la Paz, *Principales estadísticas: acumulado histórico*, 2024. Disponible en: https://www.jep.gov.co/jepcifras/JEP-en-Cifras-enero-12-2024.pdf.

López, Luis, "La Evolución de los Sistemas de Protección Internacional de los Derechos Humanos", *Parlamento y Constitución*, *Anuario 2017*, n.º 18, 2017, pp. 82-100.

Lutz, Ellen, "After elections: Compensating victims of human rights abuses", en Neil Kritz, *Transitional Justice,* Washington, United States Institute of Pace Press, 1995.

Martínez Vargas, Juan Ramón, "Estándares internacionales para el diseño y la fijación de las sanciones propias en la Jurisdicción Especial para la Paz", en *La JEP vista por sus jueces, 2018-2019,* Bogotá, Konrad Adenauer Stiftung, 2020, pp. 437-467.

Melish, Tara J., "Beyond human rights: The legal status of the individual in international law", *American Journal of International Law*, v. 113, n.º 3, 2019, pp. 654-664.

Moffett, Luke, "Meaningful and effective? Considering victims' interests through participation at the International Criminal Court", *Criminal Law Forum*, v. 26, n.º 2, 2015, pp. 255-290.

Ospina, Juan, Cielo Linares y Svenja Leyke, *Desafíos y oportunidades del SIVJRNR,* Bogotá, Comisión Colombiana de Juristas, GIZ, 2019.

Presidencia de la República, *Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera*, 2016.

Sánchez, Rafael, "Participación de víctimas: riesgos y beneficios. Dos lecciones de la Corte Penal Internacional a la Jurisdicción Especial de Paz en Colombia", *Revista Prolegómenos*, 2019, pp. 63-78.

Safferling, Christoph y Gurgen Petrossian, *Victims Before the International Criminal Court: Definition, Participation, Reparation*, Erlangen, Springer, 2021.

Salako, Solomon E., "The individual in international law: 'Object' versus subject', *International Law Research*, v. 8, n.º 1, 2019, pp. 132-143. https://doi.org/10.5539/ilr.v8n1p132.

Urbina, Natalia, "El proceso de supervisión de cumplimiento de sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: breve recorrido por las resoluciones emitidas entre 2013 y 2016", *Revista IIDH,* v. 65, 2017, pp. 329-73.

Wemmers, Jo-Anne, "Victims' Rights and the International Criminal Court: Perceptions within the Court Regarding the Victims' Right to Participate", *Leiden Journal of International Law*, v. 23, n.º 3, 2010, pp. 629-644.

Legislación y jurisprudencia

Acto Legislativo 01 de 4 de abril de 2017.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), *Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, Aprobado por la Comisión en su 137º, Periodo Ordinario de Sesiones, del 28 de octubre al 13 de noviembre de 2009.

CIDH, *Guía Práctica Mecanismo de Soluciones Amistosas en el Sistema de Peticiones y Casos ante la CIDH*, Washington, CIDH.

CIDH, *Impacto del Procedimiento de Solución Amistosa*, Washington, CIDH, 2018.

CIDH, Resolución 3 del 21 de abril de 2020, Acciones diferenciadas para atender el atraso procesal en procedimientos de solución amistosa.

Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), "Pacto de San José", Adoptada el 22 de noviembre de 1969 en San José, Costa Rica, *Gaceta Oficial*, 9460, 11 de febrero de 1978.

Corte Constitucional, Sentencia C-080 del 15 de agosto de 2018, M. P. Antonio José Lizarazo Ocampo.

Corte Constitucional, Sentencia C-538 del 13 de noviembre de 2019, M. P. José Fernando Reyes.

Corte Constitucional, Sentencia C-979 del 26 de septiembre de 2005, M. P. Jaime Córdoba Triviño.

Corte Constitucional, Sentencia C-523 del 4 de agosto de 2009, M. P. María Victoria Calle Correa.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), *Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 2009.

Corte IDH, *Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el funcionamiento del Fondo de Asistencia Legal de Víctimas*, 2010.

Corte IDH, Caso Lori Berenson Mejía vs. Perú, Sentencia de 25 de noviembre de 2004, Serie C, No. 119.

Corte IDH, Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales vs. Guatemala), Sentencia de 26 de mayo de 2001, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 63.

Corte IDH, Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala, Sentencia de 25 de mayo de 2010, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 212.

Corte IDH, Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, Sentencia de 29 de julio de 1998, Serie C, No. 04.

Corte IDH, Caso Bueno Alves vs. Argentina, Sentencia de 11 de mayo de 2007, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 164.

Corte IDH, Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala, Sentencia de 22 de febrero de 2002, Reparaciones (CADH, art. 63.1), Serie C, No. 91.

Corte IDH, Caso Trujillo Oroza vs. Bolivia, Sentencia de 27 de febrero de 2002, Reparaciones (CADH, art. 63.1), Serie C, No. 92.
Corte IDH, Caso del Caracazo vs. Venezuela, Sentencia de 29 de agosto de 2002, Reparaciones (CADH, art. 63.1), Serie C, No. 93.
Corte IDH, Caso Juan Humberto Sánchez vs. Honduras, Sentencia de 7 de junio de 2003, Serie C, No. 99.
Corte IDH, Caso Gómez Palomino vs. Perú, Sentencia de 22 de noviembre de 2005, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 136.
Corte IDH, Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia, Sentencia de 15 de septiembre de 2005, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 134.
Corte IDH, Caso Yatama vs. Nicaragua, Resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia del 22 de agosto de 2013.
Corte IDH, Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile, Resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia del 26 de noviembre de 2013.
Corte IDH, Caso Mack Chang vs. Guatemala, Sentencia de 25 de noviembre de 2003, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 115, voto concurrente razonado del juez Sergio García Ramírez.
Corte IDH, Caso Fontevecchia y D'amico vs. Argentina, Resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia del 1 de septiembre de 2015.
Corte IDH, Caso Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") vs. Venezuela, Resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia del 23 de noviembre de 2012.
Corte IDH, Caso López Mendoza vs. Venezuela, Resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia del 20 de noviembre de 2015.
Corte IDH, Caso de la masacre de La Rochela vs. Colombia, Resolución de supervisión de cumplimiento de la sentencia del 31 de agosto de 2015.
Corte Penal Internacional (CPI), Oficina Pública de Defensa de las Víctimas, Representación de víctimas ante la Corte Penal Internacional, *Manual para los representantes legales*, La Haya, Oficina Pública de Defensa de las Víctimas, 2018.
CPI, Fiscal c. Thomas Lubanga Dyilo, Primer reporte de Reparaciones, CPI-01/04-01/06-2904, septiembre de 2011.
CPI, Fiscal c. Lubanga, CPI-01/04-01/06-1119, Decisión sobre la Participación de las Víctimas, 18 de enero 2008.
CPI, Fiscal c. Thomas Lubanga Dyilo, Decisión que establece los principios y procedimientos de las reparaciones, CPI-01/04-01/06-2904, 7 de agosto de 2012.
CPI, Fiscal c. Thomas Lubanga Dyilo, Versión Pública de CPI-01/04-01/06-2803-Conf-Exp–Fondo Fiduciario de Víctimas' Primer Reporte de Reparaciones, CPI-01/04-01/06 (SCP I), 1 septiembre de 2011.

CPI, Situación en la República Democrática del Congo en el Caso del Fiscal c. Thomas Lubanga Dyilo, Decisión relativa a la participación de las víctimas, CPI-01/04-01/06-1119.
CPI, Fiscal c. Jean-Pierre Bemba Gombo, 'Decisión final sobre el procedimiento de reparaciones', CPI-01/05-01/08-3653, 3 de agosto de 2018.
CPI, Fiscal c. Bosco Ntaganda, Orden de Reparación, CPI-01/04-02/06-2659, 8 de marzo de 2021.
CPI, Fiscal c. Katanga, Chui, CPI-01/04-01/07-474, Decisión sobre el conjunto de derechos procesales vinculados al estatus procesal de la víctima en la etapa previa al juicio, 15 de mayo de 2008.
CPI, Fiscal C. Katanga, Chui, CPI-01/04-01/07-1328, Orden sobre la organización de la representación legal común de las víctimas, 22 de julio de 2009.
CPI, Fiscal c. Katanga, Chui, CPI-01/04-01/07, Instrucciones para la sustanciación de las actuaciones y testimonios de conformidad con la regla 140, 1 de diciembre de 2009.
CPI, Fiscal c. Katanga, Chui, CPI-01/04-01/07-2288, Sentencia sobre la apelación del Sr. Katanga contra la decisión de la Sala de Primera Instancia II de 22 de enero de 2010 titulada "Decisión sobre las modalidades de participación de las víctimas en el juicio", 16 de julio de 2010.
CPI, Sala de Apelaciones, Fallo sobre las apelaciones del Fiscal y la Defensa contra la Sala de Primera Instancia. Decisión sobre la participación de las víctimas de 18 de enero de 2008, 11 de julio de 2008, CPI-01/04-01/06-1432.
CPI, Situación en la República Democrática del Congo, CPI-10/04, Decisión sobre la solicitud de autorización de la defensa para apelar en relación con la transmisión de solicitudes de participación de las víctimas, 6 de noviembre de 2006.
CPI, Situación en la República de Kenia, CPI-01/09-3, Solicitud de autorización de una investigación de conformidad con el artículo 15.
CPI, "Policy Paper on Victims' Participation", Oficina del Fiscal, 2010. Disponible en: https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/Policy_Paper_on_Victims_Participation_April_2010.pdf
Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, Aprobada el 2 de mayo de 1948 durante la Novena Conferencia Internacional Americana en Bogotá, Colombia.
Jurisdicción Especial para la Paz (JEP) y Misión de Verificación de las Naciones Unidas en Colombia, Protocolo adoptado por la Presidencia de la Jurisdicción Especial para la Paz, la Secretaría Ejecutiva de la Jurisdicción Especial para la Paz y la Misión de Verificación de las Naciones Unidas en Colombia para la adecuada articulación de los componentes del Mecanismo de Monitoreo y Verificación de Sanciones Propias, Aprobado el 16 de agosto de 2022.

JEP, *Manual para la participación de las víctimas ante la Jurisdicción Especial para la Paz*, 2020.

JEP - Sección de Reconocimiento de Verdad y de Responsabilidad de los Hechos y Conductas, *Lineamientos en materia de sanción propia y Trabajos, Obras y Actividades con contenido Reparador-Restaurador*, 2020.

JEP - Sección de Apelación, Auto 1376 del 8 de marzo de 2023.

JEP - Sección de Apelación, Sentencia 230 del 10 de febrero de 2021.

JEP - Sección de Apelación, Sentencia Interpretativa Senit 1 del 3 de abril de 2019.

JEP - Sección de Apelación, Sentencia Interpretativa Senit 3 del 21 de diciembre de 2022.

JEP - Sección de Apelación, Sentencia Interpretativa Senit 7 de 17 de mayo de 2023.

JEP - Sección de Reconocimiento de Verdad y de Responsabilidad de los Hechos y Conductas, Auto-TP-SeRVR-RC-AS-AMOA 04 del 26 de julio de 2023.

JEP, Auto-TP-SeRVR-RC-AS-CASA 08 del 9 de junio de 2023.

JEP, Auto-TP-SeRVR-RC-AS 005 del 24 de agosto de 2023.

JEP - Sección de Reconocimiento de Verdad y de Responsabilidad de los Hechos y Conductas, *Guía de orientaciones prácticas para la participación de las víctimas ante la SeRVR*, 2022.

Naciones Unidas, Asamblea General, Consejo de Derechos Humanos, 34º periodo de sesiones, Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, Distr. General A/HRC/34/62, 27 de diciembre de 2016.

11

El entorno constitucional en que se desarrollan figuras como las medidas cautelares en la justicia transicional

‹**REINERE DE LOS ÁNGELES JARAMILLO CHAVERRA**› Magistrada
de la Sección de Ausencia de Reconocimiento de Verdad
y de Responsabilidad de los Hechos y Conductas

Resumen: Las medidas cautelares emitidas por la Jurisdicción Especial para la Paz son expresión de las características del constitucionalismo colombiano, que funde el Estado social de derecho con el presidencialismo y la justicia transicional, asignándole al juez que la desarrolla funciones relacionadas con el logro de la paz. Dicho entorno constitucional se extiende a toda la actividad de la JEP, otorgándole un generoso margen de maniobra que, aprovechado en el campo de las medidas cautelares, ha permitido i) proteger los lugares que están en riesgo y donde se presume que hay personas dadas por desaparecidas en el marco del conflicto armado, así como recuperar, identificar y hacer la entrega digna a sus familiares; ii) proteger a los comparecientes forzosos ante la JEP, haciendo énfasis en los firmantes de paz, para que la institucionalidad ponga en marcha los componentes del Sistema Integral de Seguridad para el Ejercicio de la Política (Sisep), punto 2.1.2., y Fin del conflicto y garantías de seguridad, punto 3.4. del Acuerdo Final para la Paz.

Palabras clave: medidas cautelares colectivas; seguridad integral y humana; desaparición forzada de personas; políticas públicas; derecho de las víctimas.

Abstract: The precautionary measures issued by the Special Jurisdiction for Peace (JEP) are an expression of the characteristics of Colombian constitutionalism, which combines the social rule of law with presidentialism and transitional justice, and assigns to the judge who conducts it functions related to achieving peace. This constitutional environment extends to the JEP's entire activity, providing it with a generous margin of action that has been used to enable the protection of: 1. sites at risk and where it is presumed that there are persons who disappeared in the armed conflict, and their recovery, identification and dignified return to their relatives; and 2. to protect those forcibly appearing before the JEP (the peace signatories) so the institutions can implement the components of the Comprehensive System for the Security for Political Exercise (SISEP), point 2.1.2, and End of conflict and Security Guarantees, point 3.4 and 3 of the Final Peace Agreement.

Keywords: Collective precautionary measures; comprehensive and human security; forced disappearance of persons; public policies, victim rights.

VOLVER A TABLA DE CONTENIDO

Introducción

El cumplimiento de lo pactado en el Acuerdo Final de Paz (AFP) sigue siendo motivo de observación y reflexión por parte de la JEP, y de la suscrita servidora, tal como se puede constatar en mis artículos publicados en *La JEP vista por sus jueces*: en la edición de 2018-2019, se planteó la satisfacción de los compromisos por parte de los beneficiarios del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición (SIVJRNR) y la observación de que la normativa no había previsto un mecanismo para exigir el cumplimiento de las obligaciones asumidas por el Estado;[1] en la publicación correspondiente al periodo 2020-2021 se abordó la función protectora, tanto de la Constitución como de las víctimas, que desde las medidas cautelares ejercen los magistrados de Salas de Justicia y del Tribunal para la Paz.[2] La disertación que se ofrece ahora versa sobre la fundamentación constitucional a partir de la cual se puede acudir a las medidas cautelares en protección del cumplimiento general del AFP, en cuya aplicación se han generado una serie de órdenes orientadas a dicha finalidad.

Una vez en marcha el AFP y el funcionamiento el SIVJRNR, se fue constatando la necesidad de hacer uso de las medidas cautelares, previstas entre los artículos 22 y 26 de la Ley 1922 de 2018, pero, a la vez, se fue evidenciando la falta de instrumentos para garantizar, más allá de los destinatarios y de los procesos, la implementación de lo pactado. Para ello, se amplió la capacidad de rendimiento de las medidas cautelares, a partir de proyectar a dicho entorno la plataforma constitucional desde la cual se concibió todo el edificio de la justicia transicional.

El entorno constitucional

La felicidad colectiva que se proponen las sociedades pasa por la convivencia pacífica, uno de cuyos supuestos es la consolidación del monopolio de la fuerza en cabeza del Estado. Por eso, la búsqueda de la paz es una condición para lograr los objetivos constitucionales, para lo cual la carta política marca el derrotero y entrega las herramientas, como se evidencia en la Constitución colombiana, que reconoce un Estado social y democrático de derecho, inscrito en el modelo presidencialista, modificado temporalmente para desarrollar una justicia transicional que facilite la superación de la situación de guerra a partir de la celebración de un acuerdo de paz. Cada una de estas características es particularmente importante en la elaboración de dicha ingeniería de la paz.

---

[1] Reinere de los Ángeles Jaramillo Chaverra, "Reflexiones sobre el régimen de condicionalidad en el marco del Acuerdo de Paz", en Patricia Linares Prieto y Danilo Rojas Betancourth (eds.), *La JEP vista por los jueces (2018-2019)*, Bogotá, JEP, 2020, pp. 433 y ss.

[2] Reinere de los Ángeles Jaramillo Chaverra, "Las medidas cautelares en la Jurisdicción Especial para la Paz como mecanismo de protección de la Constitución", en Danilo Rojas Betancourth (ed.), *La JEP vista por los jueces (2020-2021)*, Bogotá, JEP, 2022, pp. 185 y ss.

Del Estado social y democrático de derecho se destaca que la realización de la dignidad de la persona humana está en su esencia, que para dicho logro es imprescindible la eficacia de las instituciones que lo desarrollan y que, particularmente, al juez se le asigna un papel fundamental en la concreción de sus alcances. Y, fiel a la interpretación de dicha filosofía, la Corte Constitucional ha proferido innumerables providencias donde pone de manifiesto dichos alcances atribuidos a, y esperados desde la carta política.

La Corte Constitucional, en palabras que suscribo, explica la potencia de la dignidad como derecho, principio y valor, y considera al juez como el principal agente de la misión de tal reivindicación,[3] advirtiendo que se trata de un funcionario que, al desplegar su labor de aplicar el derecho, debe ir más allá de la mecánica que le propone la ley. Por ejemplo, en la Sentencia C-037 de 1996, expresó:

> … cada vez se reclama con mayor ahínco una justicia seria, eficiente y eficaz en la que el juez abandone su papel estático, como simple observador y mediador dentro del tráfico jurídico, y se convierta en un partícipe más de las relaciones diarias de forma tal que sus fallos no sólo sean debidamente sustentados desde una perspectiva jurídica, sino que, además, respondan a un conocimiento real de las situaciones que le corresponde resolver.

Así también, en la SU-768 de 2014 se lee:

> El Juez del Estado social de derecho es uno que ha dejado de ser el "frío funcionario que aplica irreflexivamente la ley"[70], convirtiéndose en el funcionario –sin vendas–

---

[3] En una de las primeras sentencias en donde la Corte Constitucional aborda dicha temática, la T-406 de 1992, expresó: "8. El aumento de la complejidad fáctica y jurídica en el Estado contemporáneo ha traído como consecuencia un agotamiento de la capacidad reguladora de los postulados generales y abstractos. En estas circunstancias la ley pierde su tradicional posición predominante y los principios y las decisiones judiciales, antes considerados como secundarios dentro del sistema normativo, adquieren importancia excepcional. Esta redistribución se explica ante todo por razones funcionales: no pudiendo el derecho prever todas las soluciones posibles a través de los textos legales, necesita de criterios finalistas (principios) y de instrumentos de solución concreta (juez) para obtener una mejor comunicación con la sociedad. Pero también se explica por razones sustanciales: el nuevo papel del juez en el Estado social de derecho es la consecuencia directa de la enérgica pretensión de validez y efectividad de los contenidos materiales de la Constitución, claramente señalada en su artículo 228 ('Las actuaciones [de la administración de justicia] serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley y en ellas prevalecerá el derecho sustancial').

9. Pero esta no es la única razón que explica el cambio anotado: el desarrollo de la democracia constitucional puso de presente que el órgano legislativo, depositario tradicional de legitimidad popular, debe estar acompañado del control jurisdiccional, que ha demostrado, a través de la historia del derecho constitucional moderno, ser el órgano más eficaz en la defensa de los derechos de los ciudadanos y los principios democráticos. Las dificultades derivadas del crecimiento desbordante del poder ejecutivo en el estado intervencionista y de la pérdida de liderazgo político del órgano legislativo, deben ser compensadas, en la democracia constitucional, con el fortalecimiento del poder judicial, dotado por excelencia de la capacidad de control y de defensa del orden institucional. Sólo de esta manera puede lograrse un verdadero equilibrio y colaboración entre los poderes; de lo contrario, predominará el poder ejecutivo".

> que se proyecta más allá de las formas jurídicas, para así atender la agitada realidad subyacente y asumir su responsabilidad como un servidor vigilante, activo y garante de los derechos materiales[71]. El Juez que reclama el pueblo colombiano a través de su Carta Política ha sido encomendado con dos tareas imperiosas: (i) la obtención del derecho sustancial y (ii) la búsqueda de la verdad. Estos dos mandatos, a su vez, constituyen el ideal de la justicia material.

La Corte Constitucional, en desarrollo de las consecuencias del modelo de Estado previsto por la carta política, manifestó que la tutela judicial efectiva responde al objetivo de protección de derechos asignado al que dispensa o atribuye justicia. En la Sentencia C-086 de 2016 advirtió que esta es la facultad que tienen los jueces y el derecho de todo ciudadano, de "propugnar por la integridad del orden jurídico y por la debida protección o el restablecimiento de sus derechos e intereses legítimos, con estricta sujeción a los procedimientos previamente establecidos y con plena observancia de las garantías sustanciales y procedimentales previstas en las leyes".

El presidencialismo también ofrece espacio a la ampliación de las medidas cautelares para activar el cumplimiento del Acuerdo de Paz. En efecto, el esquema originario de estricta separación de los poderes públicos previsto por el revolucionarismo francés y desarrollado con precisión en los sistemas parlamentarios, fue modificándose en el presidencialismo de origen norteamericano, acogido muy tempranamente por nuestro país, a partir de la consolidación de frenos y contrapesos, teoría desde la cual se supera la independencia de las ramas y se entiende que todas ellas se complementan y controlan mutuamente. De esto también da cuenta nuestra Corte Constitucional,[4] que, desde los albores de la carta de 1991, lo puso de presente (Sentencia T-406 de 1992), al indicar:

> La doctrina de la separación de poderes ha variado sustancialmente en relación con la formulación inicial. Aquello que en un principio tenía como punto esencial la separación de los órganos, cada uno de ellos depositario de funciones bien delimitadas, ha pasado a ser, en la democracia constitucional actual, una separación de ámbitos funcionales dotados de un control activo entre ellos. Lo dicho está en acuerdo, además, con una interpretación contemporánea de la separación de los poderes, a partir de la cual el juez pueda convertirse en un instrumento de presión frente al legislador, de tal manera que este, si no desea ver su espacio de decisión invadido por otros órganos, adopte las responsabilidades de desarrollo legal que le corresponden y expida las normas del caso. Este contrapeso de poderes, que emergen de la dinámica institucional, es la mejor garantía de la protección efectiva de los derechos de los asociados.

Pues bien, ese nuevo juez, del Estado social, del presidencialismo, tiene alcances y responsabilidades diferentes a las que le asignaba la anterior

[4] Ese equilibrio de los poderes públicos, a partir de frenos y contrapesos, ha sido explicado por la Corte Constitucional, entre otras, en las sentencias C-141 de 2010, C-288 de 2012, C-253, C-332 y C-674 de 2017.

Constitución, más allá del mero papel de cumplidor ciego de la ley. Ahora, con una fidelidad extrema a la Constitución, en la cual se le ha asignado un control de constitucionalidad difuso, que debe realizar en cada decisión, en el entendido de que la carta está contenida en un texto abierto e inacabado que debe ser completado y ajustado en cada providencia.[5] Esa ampliación del papel del juez, más allá de lo dispuesto normativamente y a partir de la hermenéutica constitucional, ha sido interpretado y asumido por la Corte Constitucional, que ha comprendido su capacidad de intervención frente a los poderes públicos, a partir, por ejemplo, de considerar la interposición de acciones de tutelas contra decisiones judiciales, así como de conocer de la constitucionalidad de interpretaciones judiciales, de la elaboración de sentencias de unificación a partir de las cuales orienta, sugiere o interviene políticas públicas, lo mismo que de la declaratoria de Estado de cosas inconstitucionales, y, más recientemente, desde la posibilidad de suspensión de leyes mientras emita el correspondiente juicio de exequibilidad (Auto 272 de 2023).

Como se puede ver, el marco de acción que está llamado a ocupar el juez del Estado social y democrático de derecho supone la modificación, la superación de ser un obediente ciego de la ley, para convertirse en garante del cumplimiento de la Constitución y específicamente de los derechos fundamentales.

La justicia transicional otorga a la Jurisdicción Especial para la Paz, además de las características del juez del Estado social y democrático de derecho, presidencialista, una misión específica, descrita en el Acto Legislativo 01 de 2017, para cuyo éxito fue generado un sistema de justicia caracterizado por, o enmarcado en, una temporalidad estricta en la que debe cumplir su labor, el ámbito de su competencia, la integralidad normativa, lo mismo que por su carácter orgánico, que al decir de la Corte Constitucional

---

[5] Desde la Sentencia C-546 de 1992, en relación con la efectividad de los derechos y el papel del juez, se dice: "Con la promulgación del derecho no está ganada la batalla por hacerlo realidad. La promulgación es con frecuencia el punto de partida de una confrontación entre fuerzas diversas que propugnan por tipos de aplicación portadoras de sentidos contrapuestos y cuyo resultado no puede ser previsto de antemano. Por ello, la Constitución establece mecanismos para que se logre la efectividad del contenido esencial y objetivo de sus textos y se evite la manipulación y la desviación del sentido original.

La volubilidad del proceso de aplicación de las normas explica la preocupación del texto constitucional por la efectividad de los derechos, por su realidad y no simplemente por su consagración. Según la Carta de 1991 la efectividad de los derechos no es un mero postulado programático. Es una norma constitucional con toda su fuerza imperativa. Así se desprende del artículo segundo que postula como fin del Estado la garantía de la efectividad de los derechos; del artículo cuarto, conforme al cual la Constitución es norma de normas; del artículo quinto que proclama la primacía de los derechos inalienables de la persona y del artículo ochenta y seis que define la acción de tutela como un mecanismo de protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales. Así se desprende también del artículo ochenta y cuatro, en el cual se refiere a la prohibición de exigir requisitos adicionales sobre derechos reglamentados de manera general".

> … hace referencia: a la estructura, fisonomía y misión de la JEP y cómo sus dependencias están intrínsecamente relacionadas. Es por ello, que el diseño constitucional de la JEP se expresa en funciones y tipos de actividades que en todo momento se combinan y alternan con el fin de progresivamente alcanzar verdad, justicia, reparación y garantías de no repetición. Adicionalmente, el carácter orgánico implica la constante evolución de las dependencias de la JEP de acuerdo con lo establecido en la Constitución y la Ley para garantizar el despliegue óptimo de la justicia transicional.[6]

Lo hecho en tema de medidas cautelares desde dicho entorno

Desde la JEP, como desde la jurisdicción constitucional, se han adoptado decisiones encaminadas a la satisfacción de los derechos involucrados en el cumplimiento de lo pactado en el AFP.

En la JEP. Conviene poner de presente que el proceso para expandir la capacidad de rendimiento del instituto de las medidas cautelares fue paulatino, en función de la identificación de las necesidades y frustraciones –o mejor, dificultades– observadas en el contexto del cumplimiento e implementación del AFP. El principal obstáculo para ello fue la dificultad en la comprensión del papel del juez, que, desde la autolimitación, por fuerza de la necesidad de superar la impotencia originada en la inconstitucionalidad de la realidad observada, fue cediendo y abriendo los horizontes de su responsabilidad y capacidad.

En un principio, la discusión de la Sección de Ausencia de Reconocimiento de Verdad y de Responsabilidad de los Hechos y Conductas (SAR) estuvo orientada a identificar el alcance de las medidas cautelares, como si se tratara de la jurisdicción ordinaria, en el entendido de que dicho instituto tal vez debía responder a un arraigo procesal, como consecuencia del cual solo podría tener como destinatarios a los sujetos procesales y en el contexto de un proceso judicial de competencia de la JEP.

La aparente limitación referida al arraigo procesal que caracteriza a los procesos ordinarios responde a la necesidad de proteger los resultados de un trámite judicial propiamente dicho, que está en curso, en el interior del cual el juez que lo dirige adopta decisiones para proteger aquello que se relaciona con el éxito de la futura sentencia, tal como parece desprenderse, en una interpretación limitada, restrictiva, de distintas expresiones de la Ley 1922 de 2018, como, por ejemplo, aquellas que indican que las medidas cautelares se adoptan "en todos los procesos que se adelanten ante la JEP, en cualquier estado del proceso",[7] o que "la decisión sobre la medida cautelar no implica prejuzgamiento".[8]

---

[6] Corte Constitucional, Sentencia SU-388 del 4 de octubre de 2023, M. P. Alejandro Linares Cantillo, párrafo 126.

[7] Congreso de Colombia, Ley 1922 de 2018, artículo 22, inciso primero, *Diario Oficial* 50.658 de 18 de julio de 2018.

[8] *Ibid*., inciso tercero, numeral 5º.

La referida limitación a que los únicos destinatarios de órdenes cautelares solo podrían ser sujetos procesales del trámite judicial propiamente dicho surge del texto del segundo inciso del numeral 5º del citado artículo 22: "Estas medidas solo recaerán sobre los sujetos procesales de competencia de la JEP".

La restricción que parece hacer referencia a los asuntos de la jurisdicción, se expresa en el parágrafo del artículo 22: "En ningún caso las medidas adoptadas por la JEP recaerán sobre asuntos de competencia de cualquier otra jurisdicción o que hayan sido proferidos por cualquiera de sus autoridades".

Así, con esas limitaciones en frente, se comenzó a plantear tímidamente que la necesidad de intervención en situaciones de gravedad y urgencia para prevenir daños irreparables en personas o colectivos, preservar y proteger información que obre en archivos públicos o privados, la protección de las víctimas y el real restablecimiento de sus derechos no pueden tener limitaciones formales, procesales o temporales, ya que de conjurar dichos riesgos depende nada menos que el éxito de la actividad de la JEP, pero, sobre todo, del AFP.

Y en ese contexto, la SAR, partiendo de lo establecido en la jurisprudencia de la Corte Constitucional (Sentencia C-379 de 2016, que analizó la constitucionalidad del Acto Legislativo 02 de 2017),[9] exigió a los servidores y las servidoras públicas el conocimiento y la apropiación del Acuerdo Final, en el entendido de que las medidas cautelares autorizadas en el marco de la justicia especial para la paz tienen unas características propias:[10] 1) la vocación restaurativa y 2) la función articuladora entre las entidades del Estado en atención a lo establecido en el artículo 113 de la Constitución Política de Colombia, que establece: "Los diferentes órganos del Estado tienen funciones separadas pero colaboran armónicamente para la realización de sus fines",[11] y para lo consagrado en el artículo 1 del Acto Legislativo 02 de 2017:

> Las instituciones y autoridades del Estado tienen la obligación de cumplir de buena fe con lo establecido en el Acuerdo Final. En consecuencia, las actuaciones de todos los órganos y autoridades del Estado, los desarrollos normativos del Acuerdo Final y su interpretación y aplicación deberán guardar coherencia e integralidad con lo acordado, preservando los contenidos, los compromisos, el espíritu y los principios del Acuerdo Final.[12]

---

[9] Por medio del cual se adiciona un artículo transitorio a la Constitución con el propósito de dar estabilidad y seguridad jurídica al Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera.

[10] Desarrolladas en JEP, "Medidas cautelares, amnistías y sanciones propias", en Danilo Rojas Betancourth (ed.), *JEP vista por sus jueces (2020-2021)*, Bogotá, JEP, 2022.

[11] Constitución Política de Colombia, 1991, artículo 113.

[12] Congreso de la República, Acto Legislativo 02 de 2017, *Diario Oficial* 50.230 de 11 de mayo de 2017.

Así, la JEP comenzó a tomar medidas orientadas a proteger archivos de memoria y lugares donde posiblemente habían sido inhumadas personas dadas por desaparecidas en contexto del conflicto armado.

• Medidas cautelares de protección de información

Hasta el momento de la entrega de este escrito se han decretado cinco medidas cautelares de protección de información, a saber: 1) de archivos de inteligencia del extinto Departamento Administrativo de Seguridad (DAS); 2) de archivos que reposan en el Centro Nacional de Memoria Histórica; 3) decretadas de oficio a la Superintendencia de Notariado y Registro y a la Unidad de Restitución de Tierras; 4) de archivos de inteligencia y contrainteligencia del extinto comando conjunto Brigada XX del Ejército Nacional; 5) de archivos de inteligencia de Indupalma a solicitud del sindicato en los informes presentados ante la JEP.

• Medidas cautelares de protección a lugares

A solicitud de las víctimas,[13] la SAR decretó medidas cautelares de protección de lugares (cementerios, escombreras, en zonas rurales dispersas, islas o cuerpos de agua[14]) en donde se presume están dispuestos cuerpos no identificados (CNI) de víctimas de desaparición forzada en el marco del conflicto armado y ordenó caracterizar y diagnosticar las zonas donde se ubican dichos cuerpos, así como los cuerpos identificados no reclamados (CINR).

Igualmente se ordenó al Grupo de Apoyo Técnico Forense (Gatef), de la Unidad de Investigación y Acusación (UIA), y a la Unidad de Búsqueda de Personas Dadas por Desaparecidas (UBPD) la recuperación, identificación y entrega digna[15] de CNI y CINR en coordinación y articulación con el Grupo Interno de Trabajo de Búsqueda, Identificación y Entrega de Personas Desaparecidas (Grube), de la Fiscalía General de la Nación.

Con la información recaudada, la SAR identificó deficiencias en el cuidado y conservación de los CNI y CINR, que afectaban los derechos de las víctimas, como también una débil actuación del Estado para garantizar de forma ágil los procesos de identificación, búsqueda de las familias y entrega digna, corroborando lo afirmado por los peticionarios.

Las decisiones de la JEP, entre otras, las relacionadas con la preservación de lugares, la exhumación de los CNI, la identificación y entrega digna a los familiares de las personas desaparecidas, contribuyen al fortalecimiento de las agendas públicas de los gobiernos, tanto a nivel nacional como departamental

[13] Movimiento Nacional de Víctimas de Crímenes de Estado (Movice).

[14] Las diferentes solicitudes de protección a lugares, allegadas a la Sección de Ausencia, son mencionadas en Alejandro Ramelli Arteaga, "Evolución de las medidas cautelates colectivas en la Jurisdicción Especial para la Paz", en Danilo Rojas Betancourth (ed.). *La JEP vista por los jueces (2020-2021)*, Bogotá, JEP, 2022, pp. 161 y 162.

[15] En sus decisiones, la Sección utiliza la categoría "recuperación", en alusión a los procesos de exhumación, como parte del lenguaje humanitario establecido en el Acuerdo Final.

y local, en cuanto a la búsqueda de las personas dadas por desaparecidas en el marco del conflicto armado.[16]

Gracias a las medidas cautelares emitidas por la JEP y los informes presentados por las víctimas y las instituciones, se puso en evidencia que las principales falencias para el cuidado y la conservación de los lugares donde hay disposición de CNI y CINR de posibles víctimas del conflicto armado son:

1. Ausencia de una base de datos que dé cuenta del universo de víctimas de desaparición forzada, expresada en la inexistencia de un sistema centralizado, o falta de interoperatividad de sistemas estatales, así como la debilidad institucional en el manejo de la información vinculada con personas dadas por desaparecidas.
2. Falta de coincidencia en relación con los CNI y CINR reportados en los libros de los administradores de los cementerios y la disposición en las bóvedas.
3. Inadecuada administración de cementerios y cuidado efectivo de CNI y CINR: realización de exhumaciones administrativas por parte de los administradores de cementerios sin orden judicial ni protocolos forenses e inhumación irregular de CNI en osarios comunes.
4. Ausencia de rutas claras y expeditas para el acceso de las víctimas de desaparición a la reparación administrativa o medidas de satisfacción ofrecidas por el Estado.
5. Insuficiencia en el impulso estatal sobre posibilidades científicas inéditas para la búsqueda en escenarios complejos, como las fuentes hídricas y osarios comunes.
6. Deficientes esfuerzos estatales para adoptar metodologías de búsqueda inversa que permitan encontrar las familias de los CINR.
7. Insuficientes recursos humanos, técnicos y presupuestales del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses (INMLCF) que le permitan adelantar de manera ágil y oportuna el proceso de identificación.
8. Débil compromiso institucional por parte de las alcaldías y gobernaciones en el cumplimiento de sus funciones en el manejo, cuidado y custodia de CNI y CINR en los cementerios.

Las falencias identificadas por la SAR ponen de presente que buscadores y buscadoras están falleciendo, dada su avanzada edad, sin encontrar a su ser querido, puesto que, en muchos de los casos, han pasado años entre el momento de la desaparición forzada de una persona y la entrega del cuerpo a sus

[16] JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Ausencia de Reconocimiento, Auto AT-346 de 15 de septiembre de 2023.

familiares.[17] Así, la urgencia no solo reside en los riesgos directos sobre los cuerpos en estos lugares, sino en la materialización de los derechos de las víctimas, el cierre de su duelo y la búsqueda de la verdad.

En la recomendación n.° 14, la Comisión de la Verdad estableció "realizar los ajustes institucionales, de política pública y normativos que sean necesarios para promover los procesos de búsqueda de personas dadas por desaparecidas",[18] lo cual ha sido atendido por la SAR en decisiones judiciales de 2022 y 2023, acogiendo las recomendaciones, en virtud de lo que ordenó hacer ajuste a las políticas públicas que impacten directamente en los CNI y los CINR: i) el cuidado y preservación de los cuerpos en los cementerios y ii) la política de búsqueda, recuperación, identificación y entrega digna de personas desaparecidas, para garantizar los derechos de las víctimas.

Todo esto llevó a la SAR a promover/ordenar una política pública para la identificación y entregas dignas como forma de restauración

Ante la necesidad de garantizar el cuidado y la preservación de los CNI y los CINR, la SAR ordenó en mayo de 2023 al Ministerio del Interior conformar una mesa interinstitucional[19] para la formulación de una política pública dirigida a la intervención de cementerios, que contemplara un plan de acción integral para el abordaje de CNI en los cementerios objeto de la medida cautelar de Aguachica (Cesar)[20] y, en general, para todos los cementerios cautelados en los trámites adelantados en la Jurisdicción de Paz.[21] También se ordenó a las diferentes alcaldías vinculadas realizar el inventario de CNI y CINR inhumados en los cementerios bajo su administración.[22]

---

[17] Contexto Informe Auto AT-002 de 2020, MC-002 de 2018; Contexto sobre el desarrollo del conflicto armado en los municipios de Samaná, Norcasia, Victoria, La Dorada (Caldas) y Puerto Berrío (Antioquia).

[18] Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la no Repetición, *Hay futuro si hay verdad. Informe final. Hallazgos y recomendaciones de la Comisión de la Verdad de Colombia*, Bogotá, Comisión de la Verdad, 2022, Recomendación 14, p. 655. Tema Víctimas, subtema víctimas de desaparición forzada. Referencia: Ajustes institucionales, de política pública y normativos para garantizar que la búsqueda sea una prioridad que compromete al Estado en su conjunto.

[19] Integrada por la Unidad de Búsqueda de Personas dadas por Desaparecidas (UBPD), el Ministerio de Hacienda, el Departamento Nacional de Planeación, el Ministerio de Salud, el Ministerio de Justicia, el Ministerio de Defensa, la Fiscalía General de la Nación, el Instituto Nacional de Medicina Legal y la Unidad de Investigación y Acusación.

[20] Ver video n.° 2 de la audiencia de Valledupar, 5:18:47min-5:57:47min. Disponible en: https://www.youtube.com/watch?v=hXXmVxcAPds&t=19016s.

[21] Se determinó un Resuelve de Unificación, donde a las diferentes alcaldías vinculadas a los trámites cautelares de la Sección se les ordenó realizar el inventario de CNI y CINR inhumados en los cementerios bajo su administración.

[22] En cumplimiento de lo previsto en los artículos 12 de la Ley 1408 de 2010 y 53, 54, 55 y 57 del Decreto 303 de 2015.

De igual forma, las medidas cautelares han impulsado acciones para la recuperación en escenarios complejos, a partir de experiencias internacionales.[23] Los hallazgos en el trámite de Magdalena Medio mostraron que los osarios se convirtieron en lugares donde los cuerpos de personas desaparecidas se dispusieron de forma indiscriminada, lo que complejiza los procesos de recuperación e identificación.

Mediante Auto AI-073 de 2023, la SAR adoptó la guía de intervención, producto del trabajo interinstitucional, que se deberá tener en cuenta para los pilotajes que se realizarán, entre otros, en el cementerio San Agustín de Samaná.

Además de los osarios, se han tomado determinaciones para la búsqueda en otros escenarios complejos, como los acuáticos. La SAR adoptó la medida cautelar de protección[24] sobre el área de influencia del Canal del Dique, consistente en ordenar al Ministerio de Transporte y a la Agencia Nacional de Infraestructura (ANI) que diseñen, redacten e incluyan un "protocolo arqueológico forense para la búsqueda de personas desaparecidas" con enfoque diferencial étnico y de género.[25] Lo mismo se hizo con el río La Miel,[26] en donde se ordenó a la Gobernación de Caldas, Inficaldas y a la Promotora Energética del Centro ESP la consolidación de un protocolo arqueológico forense para la búsqueda de personas dadas por desaparecidas en el marco del conflicto armado en la zona de influencia del Proyecto La Miel II.

Ambas medidas, Canal del Dique y La Miel, han ordenado el diseño de rutas de memoria con instalación de placas, símbolos e íconos, a partir de los cuales se honre a las víctimas de desaparición forzada, en consonancia con las garantías de no repetición y con la participación de las organizaciones de víctimas peticionarias e intervinientes en los trámites.

Para garantizar que se cumpla con los derechos de las víctimas, la SAR ordenó a las autoridades locales y departamentales diseñar políticas públicas para i) hacer un inventario de los CNI y de los CINR; ii) generar una metodología de búsqueda de los familiares de los de CINR para adelantar los procesos de entrega digna; iii) fortalecer y capacitar a otras personas e instituciones y organizaciones de derechos humanos para la toma de muestras que permitan la identificación

---

[23] JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Ausencia de Reconocimiento, Auto AT-129 de 15 de julio de 2021, Solicita concepto técnico.

[24] JEP - Tribunal Especial para la Paz, Sección de Ausencia de Reconocimiento, Auto AI-070 de 2022.

[25] El protocolo referido tiene como propósito, no solo el tratamiento de hallazgos fortuitos de cuerpos, sino la garantía de los derechos de las víctimas relacionados con la búsqueda, el hallazgo, la exhumación, el tratamiento, la entrega digna y demás actividades respecto de cuerpos de personas dadas por desaparecidas, y deberá aplicarse en cualquier tipo de intervención que se haga en el Canal del Dique, derivada del proceso contractual en curso o de aquellos que lo adicionen, modifiquen o reemplacen.

[26] JEP - Tribunal Especial para la Paz, Sección de Ausencia de Reconocimiento, Auto AI-073 de 2023.

de los cuerpos recuperados, y que no solo esté en cabeza del INMLCF y la UBPD; y iv) desde las gobernaciones, fortalecer las regionales del INMLCF.

La SAR reconoce que los derechos de las víctimas se hacen efectivos en la medida en que las diferentes entidades del Estado, conforme a sus competencias, tengan la voluntad y capacidad instalada para implementar la política pública para la búsqueda, identificación y entrega digna de las personas dadas por desaparecidas.

De igual forma, la SAR ha incorporado el enfoque diferencial y étnico como parte especial de los territorios ancestrales cautelados. En Auto AI-060 de 2023 se ordenó la construcción de un protocolo intercultural que genere capacidad instalada en las autoridades indígenas para la localización, recuperación, identificación y entrega digna de personas desaparecidas (bajo responsabilidad del Ministerio del Interior).

La frustración originada en la grave situación de seguridad de los y las firmantes del AFP motivó la emisión de medidas cautelares orientadas a conjurar dicha amenaza contra la paz

Por las aparentes limitaciones de la ley en relación con las medidas cautelares, la SAR va teniendo claro i) que estas se entienden superadas en función de los derechos de las víctimas; y ii) que el juez transicional es quien, de manera específica, tiene la función de darle cuerpo a todo el SIVJRNR, a través de decisiones judiciales en todo aquello que corresponda, en perspectiva de su papel de mediador entre la Constitución y la realidad llamada a ser intervenida, en tanto juez del Estado social, presidencialista, y agente de la justicia transicional.

Para llegar a dicha hermenéutica se entendió que las restricciones mencionadas en los artículos anotados anteriormente estaban sometidas a condición suspensiva, esto es que solo se atenderían si, y solo si, de aplicarse, no se vieran afectados o amenazados los derechos de las víctimas, situación que no solo autorizaría, sino que exigiría que el juez transicional realizara el despliegue necesario para evitar dicha afectación, en el entendido de que la centralidad de sus derechos es la razón de la existencia de esta jurisdicción.

En efecto, cuando el inciso primero del numeral 5º del artículo 22 señala que "estas medidas solo recaerán sobre los sujetos procesales de competencia de la JEP, *sin perjuicio de los derechos de las víctimas, quienes tendrán prelación sobre los demás actores*", está perfilando un mandato al juez, según el cual, cuando se trate de los derechos de las víctimas, debe dárseles prelación, con desconocimiento incluso de la premisa mayor de la relación silogística prevista en la norma, esto es, de ir más allá de los sujetos procesales propiamente dichos.

Esta consideración lleva también a la comprensión amplia de la parte inicial del citado artículo 22, ya que el trámite por el cual se imponen medidas cautelares, iniciado de oficio o a solicitud de parte, tiene las mismas calidades de

un proceso propiamente dicho, en el entendido de que la jurisdicción se pone en marcha en función de la identificación de un presupuesto de hecho en pos de una consecuencia de derecho. El primero se entiende como la situación de gravedad y urgencia en relación con un inminente peligro irremediable; y la segunda, como la necesidad de emitir una medida cautelar dirigida a conjurar el peligro identificado, que encuentra coherencia con la obligación misma de proteger el cumplimiento de lo acordado como culminación del proceso de paz –es decir, el todo–, como la razón de ser, como el elemento constituyente del SIVJRNR.

Y de la redacción el parágrafo del artículo en cuestión surgen varias consecuencias. La norma señala: "Parágrafo. En ningún caso las medidas adoptadas por la JEP recaerán sobre asuntos de competencia de cualquier otra jurisdicción o que hayan sido proferidos por cualquiera de sus autoridades".

Dicho precepto busca evitar choques de jurisdicciones en la pretensión de mantener la especialidad de la misionalidad que se ha asignado a la JEP, con la particularidad de que su margen de maniobra depende en gran medida del cumplimiento del Acuerdo de Paz, expresado en el Acto Legislativo 01 de 2017 y en toda la legislación que lo desarrolla. Pero, de dicho canon se desprende también que la JEP es la encargada de desarrollar los asuntos relacionados con el SIVJRNR, cuya competencia es excluyente y transitoria.

De ahí que la situación originada en el incumplimiento del AFP, expresada en el grave estado de inseguridad de los excombatientes, es del resorte de la JEP, por lo que la SAR terminó analizando e interviniendo dicha situación.

- Medidas cautelares de protección colectiva a comparecientes forzosos ante la JEP

Como se ha indicado, se fue evidenciando el incumplimiento por parte de la institucionalidad de los compromisos asumidos por el Estado en relación con la protección de los comparecientes forzosos del AFP.

En el trámite de las medidas cautelares de protección colectiva a comparecientes forzosos[27] se emitieron órdenes dirigidas a la implementación de las políticas públicas para que las instituciones del Estado –nacional, departamentales y municipales– que tienen funciones relacionadas con la implementación de mecanismos creados en el Acuerdo Final de Paz, pusieran en marcha los componentes del Sistema Integral de Seguridad para el Ejercicio de la Política (Sisep), punto 2.1.2., y Fin del Conflicto y garantías de seguridad, punto 3.4.

Para valorar la situación de los firmantes de paz que comparecen ante la Jurisdicción Especial y en proceso de reincorporación (PPR), se examinó la

[27] Avocadas mediante JEP - Tribunal Especial para la Paz, Sección de Ausencia de Reconocimiento, Auto AT-057 de 29 de abril de 2020.

información ofrecida por las entidades del Estado vinculadas[28] y organizaciones sociales convocadas en distintos autos; y por los representantes judiciales del Partido Comunes[29] sobre los hechos de violencia, las amenazas y la inseguridad relacionada con la insuficiente implementación de las garantías de seguridad a cargo de las entidades y programas relacionados en el Sisep.

También se estudió la *gravedad* de la situación que correspondía a un contexto de violencia caracterizada por amenazas contra la vida, la integridad, la seguridad personal y el incremento continuo de homicidios de las y los excombatientes de las antiguas FARC-EP.[30]

La evaluación y el análisis de la información permitió corroborar las situaciones de grave riesgo que enfrenta la colectividad, el incremento de muertes violentas,[31] tentativas de homicidio, amenazas y desplazamiento forzado,[32] situaciones de las que no escaparon quienes están ubicados en los espacios territoriales de capacitación y reincorporación (ETCR) y mucho menos aquellos situados en alguna de las 93 nuevas áreas de reincorporación (NAR) que se localizan en 17 departamentos del país. Se estableció que un alto número de muertes ocurren fuera de los ETCR y se relacionan con las NAR, áreas con limitaciones en materia de seguridad por no contar con reconocimiento legal,

---

[28] Al trámite de medidas cautelares están vinculadas 30 entidades del Estado: Secretaría Técnica de la Instancia de Alto Nivel del Sistema Integral de Seguridad para el Ejercicio de la Política; Comisión Nacional de Garantías de Seguridad; Consejería Presidencial para la Estabilización y la Consolidación, hoy Unidad para la Implementación del Acuerdo Final de Paz; Ministerio de Defensa; Ministerio del Interior; Unidad Nacional de Protección; Fiscalía General de la Nación - Unidad Especial de Investigación para el Desmantelamiento de las Organizaciones Armadas; Procuraduría Delegada para el Seguimiento al Acuerdo de Paz; Defensoría del Pueblo; Ministerio de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (Mintic); Ministerio de Justicia y del Derecho; Ministerio de Hacienda; Consejo Nacional de Paz, Reconciliación y Convivencia (Secretario Técnico del Alto Comisionado para la Paz de la Presidencia de la República); Comisión Intersectorial para la Respuesta Rápida a las Alertas Tempranas; Departamento Nacional de Planeación; Departamento Administrativo de la Función Pública; Unidad para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas; Agencia de Renovación del Territorio; gobernaciones de Antioquia, Cauca, Chocó, Caquetá, Huila, Meta, Nariño, Tolima y Putumayo, Agencia para la Reincorporación y la Normalización (ARN) y el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF).

[29] Partido que nació del tránsito de las FARC-EP, de organización en armas a un nuevo partido o movimiento legal político, que goza de derechos y cumple con las obligaciones y los deberes propios del orden constitucional.

[30] JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Ausencia de Reconocimiento, Auto AT-057- 2020 del 29 de abril de 2020, citando, a su vez, al Consejo de Seguridad, Misión de Verificación de las Naciones Unidas en Colombia. *Informe del Secretario General*, 26 de marzo de 2020. Disponible en: https://colombia.unmissions.org/sites/default/files/sp_n2007155_0.pdf. A corte del 29 de abril de 2020, la Misión de Verificación había reportado 190 "asesinatos de exmiembros de las FARC".

[31] Cuando se avocaron las medidas de protección, habían asesinado a 193 firmantes del Acuerdo Final, a 12 de diciembre de 2023; han asesinado a 415, según el Observatorio de Paz (Pazes).

[32] La Jurisdicción Especial para la Paz ha entendido como desplazamiento forzado la reubicación de los ETCR por temas de seguridad, puesto que se afectan los procesos de reincorporación y la relación con el territorio en donde estaban asentados inicialmente los y las firmantes del Acuerdo de Paz.

afectando los dispositivos de seguridad que brinda la Fuerza Pública y otras autoridades en los territorios, como lo informaron, entre otras entidades, la Defensoría del Pueblo, el Ministerio del Interior y el Comando Estratégico de las Fuerzas Armadas.

La SAR analizó la necesidad de garantizar el goce pleno de los derechos fundamentales de los comparecientes y satisfacer los derechos de las víctimas, de conformidad con lo establecido en los artículos 22 y 23 de la Ley 1922 de 2018, que señala que las salas y secciones deben asegurar, por medios razonables, la verdad, la justicia, la reparación y las medidas de no repetición por graves violaciones de los derechos humanos (DD. HH.) y del derecho internacional humanitario (DIH), y actuar de forma inmediata ante situaciones de gravedad y urgencia, de manera que se eviten daños irreparables a personas o colectivos que intervienen ante la Jurisdicción. En ese contexto, la SAR desarrolló el derecho a la seguridad personal del que es titular toda persona y, en particular, los comparecientes forzosos ante la JEP.

El derecho a la seguridad personal desde una perspectiva integral. En sus diferentes decisiones judiciales, la SAR ha reiterado que la seguridad debe entenderse en un sentido amplio que no se reduce solamente a la ausencia de riesgos frente a la integridad personal, sino que debe ser analizada de acuerdo con el concepto de seguridad humana, que "abarca el derecho a una vida libre del temor, el derecho a una vida libre de miseria y el derecho a una vida digna".[33]

Para ello se ha tenido en cuenta la Declaración sobre Seguridad en las Américas de la Organización de los Estados Americanos, donde se señala que un enfoque humano de la seguridad exige tener en cuenta el acceso a diversos derechos fundamentales para evitar pobreza, enfermedades y hambre.

Esta comprensión de la seguridad corresponde, además, al concepto de seguridad humana que ha sido adoptado por la Corte Constitucional en su jurisprudencia más reciente (la Sentencia C-134 de 2021), que debe responder a aspectos "políticos, económicos, sociales, de salud y ambientales" y tiene siete componentes fundamentales: i) económico, ii) alimentario, iii) en materia de salud, iv) ambiental, v) personal, vi) de la comunidad y vii) seguridad política. Asimismo, la Asamblea General de las Naciones Unidas, a través del informe A/64/701 del 8 de marzo de 2010, ha manifestado la importancia de que se adopten medidas para garantizar el componente de salud de la seguridad humana que exige mecanismos para su atención.

En desarrollo del concepto amplio e integral de la seguridad humana, la SAR ha emitido decisiones judiciales, entre otras, relacionadas con la prevención de

[33] Organización de los Estados Americanos - Conferencia Especial sobre Seguridad, Ciudad de México, 27-28 de octubre de 2023. Disponible en: https://www.oas.org/36ag/espanol/doc_referencia/DeclaracionMexico_Seguridad.pdf.

la estigmatización. A través de Auto AT-163 de 2020, fueron vinculadas al trámite de medidas cautelares algunas entidades[34] con funciones relacionadas con las garantías de prevención de la estigmatización por la situación de riesgo y vulnerabilidad que afrontan las personas en proceso de reincorporación (PPR).

Como consecuencia, en sus planes de acción internos, las entidades adoptaron medidas de formación a sus funcionarios y de difusión de prevención de la estigmatización de las personas que decidieron dejar las armas e incorporarse a la política por la vía legal. Por ello, la implementación de políticas públicas en las instituciones en relación con la seguridad de las PPR va más allá de las medidas materiales de protección individual y colectiva, lo que implicó analizar los impactos de las violencias que sufren los firmantes de paz; un ejemplo fue el estudio en materia de seguridad que se hizo en el Auto AI-067 de 2021.

Así, se contempló el impacto de los asesinatos de las personas en proceso de reincorporación en sus hijos e hijas y se reafirmó que su situación también era grave, aunque el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) y la Agencia para la Reincorporación y la Normalización (ARN) habían mencionado acciones importantes para su protección, para ese momento no se conocía la existencia de una política pública especial frente a los hijos e hijas de las PPR asesinadas, ni de un plan de respuesta, atención de urgencia, que no solo sirviera para paliar los graves efectos de los actos violentos, sino que garantizara, en el mayor grado posible, adecuadas condiciones económicas y de seguridad, en sentido lato, a los menores y sus protectores supervivientes. La SAR reconoció judicialmente que estos niños y estas niñas merecen una protección especial por parte del Estado, no solamente por la irreemplazable pérdida de sus padres y madres, sino también por la situación de estigmatización a la cual quedan expuestos y que afecta su derecho a un futuro libre de violencias y de construcción de un proyecto de vida cuyas esperanzas están siendo truncadas por la intolerancia de quienes quieren continuar eternamente el ciclo de la guerra en nuestro país.[35]

Se ordenó a la ARN que, con el apoyo del ICBF, presentara una propuesta con acciones de acompañamiento a las familias de los reincorporados que hubieran tenido que abandonar los ETCR y de los excombatientes que hubieran sido asesinados, y ajustar sus políticas con el fin de garantizar: i) el pago del

[34] 1. Ministerio de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (Mintic); 2. Ministerio de Justicia y del Derecho; 3. Consejo Nacional de Paz, Reconciliación y Convivencia (Secretario Técnico del Alto Comisionado para la Paz de la Presidencia de la República); 4. Comisión Intersectorial para las Respuestas Rápidas a las Alertas Tempranas (Ciprat); 5. Departamento Nacional de Planeación (DNP); 6. Departamento Administrativo de la Función Pública; 7. Unidad para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas (Uariv); 8. Agencia de Renovación del Territorio (ARN) y las gobernaciones de Antioquia, Cauca, Chocó, Caquetá, Huila, Meta, Nariño, Tolima y Putumayo.

[35] *Ibid*.

seguro de vida por la muerte de los excombatientes a sus beneficiarios, ii) el pago de los gastos funerarios de los excombatientes, iii) temporalmente, el pago del ingreso básico que recibían los excombatientes asesinados para sus hijos e hijas hasta tanto se implementen efectivamente acciones de acompañamiento a las familias de los reincorporados que hayan tenido que abandonar los ETCR y de los excombatientes asesinados, reconociendo así la protección especial y reforzada que tienen las madres cabeza de familia, muchas de ellas excombatientes, como quiera que el porcentaje de hombres en procesos de reincorporación asesinados es mucho mayor.[36]

Aunque son muchos los retos que se enfrentan en esta materia, vale la pena destacar los principales resultados de las decisiones judiciales emitidas dentro del trámite de medidas cautelares de protección colectiva respecto de las políticas públicas aprobadas en desarrollo del Acuerdo Final de Paz:

- La Unidad Nacional de Protección (UNP) diseñó un plan de mejora para hacer los estudios de riesgo e implementar las medidas de protección a las que haya lugar.
- La Unidad para la Implementación del Acuerdo Final de Paz (UIAFP) informó que el 2 de noviembre de 2023, en la sesión 110 de la Mesa Técnica de Seguridad y Protección, fue aprobado de manera unánime el Plan Estratégico de Seguridad y Protección (PESP) con 7 líneas de acción: i) Prevención: intervención para la seguridad humana; ii) Protección integral para la vida; iii) garantías de seguridad para el ejercicio de la política; iv) garantías para la reincorporación con enfoque de seguridad humana; v) fortalecimiento institucional, coordinación y articulación para la consolidación de la paz total; vi) ruta de acción interinstitucional ante situaciones de emergencia, y vii) enfoques diferenciales.
- Mediante Acuerdo 01 del 7 de septiembre de 2023, el Presidente de la República aprobó la Política Pública y la Formulación del Plan de Acción permanente en materia de desmantelamiento de las organizaciones o conductas criminales responsables de homicidios y masacres, que atenten contra defensores(as) de derechos humanos, movimientos sociales o movimientos políticos, o que amenacen o atenten contra las personas que participen en la implementación de los Acuerdos y la construcción de la paz, incluyendo las organizaciones criminales que hayan sido denominadas como sucesoras del paramilitarismo y sus redes de apoyo.
- Concomitante con la aprobación de la política pública para el desmantelamiento de las organizaciones armadas, la Unidad Especial de Investigación de la Fiscalía General de la Nación (UEI-FGN) presentó a la JEP un plan de mejora de las investigaciones judiciales cuyo objeto es "con-

[36] *Ibid*.

tribuir de manera decisiva al desmantelamiento de las organizaciones criminales y redes económicas y políticas que la sustentan y que afectan la implementación del Acuerdo Final de Paz", y que tiene cinco objetivos específicos: i) regionalización; ii) protección y participación de víctimas, comunidades y organizaciones de la sociedad civil; iii) oportunidades procesales para testigos y colaboradores; iv) investigación y análisis de terceros, redes de apoyo y sucesores del paramilitarismo, y v) proyectos investigativos priorizados para el desmantelamiento.

Vale la pena mencionar también que la Sección de Apelación de la JEP, mediante Auto TP-SA 1057 de 23 de febrero de 2022, al resolver el recurso, reafirmó lo desarrollado por la SAR en sus diferentes decisiones judiciales.

Desde la jurisdicción constitucional

La preocupación originada en la grave situación de seguridad que viven los y las firmantes del AFP, y que la SAR materializó en las medidas cautelares comentadas, hizo eco en la Corte Constitucional.

Mediante Sentencia SU-020 de 27 de enero de 2022, el Tribunal Constitucional, a partir de una serie de consideraciones –entre ellas, el esfuerzo realizado en la identificación e intervención de las causas de la situación de seguridad, desplegadas por la SAR en las medidas cautelares– declaró el estado de cosas inconstitucional (ECI) por el bajo nivel de cumplimiento en la implementación del componente de garantías de seguridad a favor de la población signataria del Acuerdo Final de Paz en proceso de reincorporación a la vida civil, de sus familias y de quienes integran el nuevo partido político Comunes.

En esta decisión judicial se reconoció:

> … Solo hasta el año 2020, cuando la Sección de Primera Instancia para casos de Ausencia de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad del Tribunal para la Paz (SAR) emitió órdenes perentorias, se comenzaron a dar pasos para materializar el componente de garantías de seguridad previsto en el punto 3.4 del Acuerdo Final de Paz. Solo en ese momento se dispusieron y ejecutaron recursos suficientes para fortalecer los esquemas de protección necesitados con apremiante urgencia. Pudo verificarse, asimismo, que poco más de tres años después de creadas las instancias, no se había expedido el Plan Estratégico de Seguridad y Protección. Esto significa que durante todo el tiempo ha existido una institucionalidad paralela que ha servido de marco a las acciones del Gobierno y ha supuesto vaciar de contenido los mandatos incorporados en el Acuerdo Final de Paz desarrollados por normas vinculantes.[37]

También es oportuno destacar que la Corte Constitucional declaró el estado de cosas inconstitucionales a través del Auto SU-546 de 11 de diciembre de

[37] Corte Constitucional, Sentencia SU-020 del 27 de enero de 2022, M. P. Cristina Pardo Schlesinger.

2023, en relación con la problemática de seguridad que enfrentan líderes, defensores y defensoras de derechos humanos, situación que también impacta el cumplimiento del AFP y, por lo mismo, con trascendencia en la labor realizada por el SIVJRNR.

Conclusiones

La íntima conexión entre la dignidad y el derecho a la paz constituye la base constitucional que vincula al Estado social con la justicia transicional, que desde una arquitectura de frenos y contrapesos se sirve de la implementación del AFP como política de Estado desde la cual consolidar el monopolio de la fuerza y la unidad nacional, elementos empíricos de la organización estatal.

Esa combinación virtuosa de nuestra naturaleza constitucional otorga al juez transicional la función de satisfacer los derechos de las víctimas y de seguridad jurídica a los excombatientes, camino al logro de la convivencia pacífica a partir de la reconciliación.

La SAR ha venido desbrozando con audacia y con prudencia este camino dentro de las posibilidades constitucionales, en la convicción de que las funciones que ha venido asumiendo por la vía de las medidas cautelares no está asignada a otra autoridad ni jurisdicción y, por tanto, no pueden dejarse de ejercer, puesto que con ellas está buscando allanar el camino de la adecuada implementación del AFP.

En particular, la SAR, hasta ahora, se ha ocupado de expedir medidas cautelares para proteger información, lugares de interés para la búsqueda de personas dadas por desaparecidas en el contexto del conflicto armado y para proteger a los y las firmantes del AFP, sin perjuicio de que dicha estrategia –u otras, desde la perspectiva constitucional– sea utilizada para promover, garantizar, gestionar o conseguir la implementación del AFP.

De esta manera, contribuye a la generación de confianza, tanto en la sociedad como en firmantes de futuros procesos de negociación con grupos alzados al margen de la ley, en la seguridad de que la reconciliación es el mejor camino para consolidar la paz estable y duradera que espera el país, para seguir reivindicando la dignidad que pregona como su esencia el Estado social y democrático de derecho.

La dinámica que caracteriza al derecho permitirá ir vislumbrando nuevos y distintos mecanismos e instrumentos a través de los cuales el juez transicional pueda seguir garantizando la implementación del AFP y, por qué no, de ir jalonando iniciativas y relacionamientos que permitan consolidar la convivencia pacífica declarada como objetivo constitucional en el preámbulo de nuestra carta política.

Bibliografía

Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera, La Habana, Cuba, 24 de noviembre de 2016.

Bardach, Eugene and Eric Patashnic, *A Practical Guide for Policy Analysis: The Eightfold Path for More Effective Problem Solving,* New York, Chatham House, 2015.

Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición, *Hay futuro si hay verdad. Informe final. Hallazgos y recomendaciones de la Comisión de la Verdad de Colombia*, Bogotá, Comisión de la Verdad, 2022.

Jaramillo Chaverra, Reinere de los Ángeles. "Reflexiones sobre el régimen de condicionalidad en el marco del Acuerdo de Paz", en Danilo Rojas Betancourth (ed.), *La JEP vista por los jueces (2018-2019)*, Bogotá, JEP, 2020.

Jaramillo Chaverra, Reinere de los Ángeles, "Las medidas cautelares en la Jurisdicción Especial para la Paz como mecanismo de protección de la Constitución", en Danilo Rojas Betancourth (ed.), *La JEP vista por los jueces (2020-2021)*, Bogotá, JEP, 2022.

Roth Deubel, André-Noël, *Políticas públicas: formulación, implementación y evaluación*, Bogotá, Ediciones Aurora, 2006.

Normatividad y jurisprudencia

Congreso de la República de Colombia, Acto Legislativo 01 de 2017, *Diario Oficial* 50.196 de 4 de abril de 2017. Disponible en: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/acto_ legislativo_01_2017.html.

Congreso de la República de Colombia, Acto Legislativo 02 de 2017, *Diario Oficial* 50.230 de 11 de mayo de 2017. Disponible en: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ acto_legislativo_02_2017.html.

Congreso de la República de Colombia, Ley 1922 de 2018, *Diario Oficial* 50.658 de 18 de julio de 2018. Disponible en: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ ley_1922_2018.html.

Constitución Política de Colombia, 1991.

Corte Constitucional, Sentencia T-406 de 1992, M. P. Ciro Angarita Barón.

Corte Constitucional, Sentencia SU-768 de 2014, M. P. Jorge Iván Palacio Palacio.

Corte Constitucional, Sentencia C-086 de 2016, M. P. Jorge Iván Palacio Palacio.

Corte Constitucional, Sentencia C-379 de 2016, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.

Corte Constitucional, Sentencia C-134 de 2021, M. P. Diana Fajardo Rivera.

Corte Constitucional, Sentencia SU-020 de 2022, M. P. Cristina Pardo Schlesinger.
JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 714 de 2021.
JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 1057 de 2022.
JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Ausencia de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad, Auto AT-002 de 2020, MC-002 de 2018.
JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Ausencia de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad, Auto AT-057 de 2020.
JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Ausencia de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad, Auto AT-0163 de 2020.
JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Ausencia de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad, Auto AI-067 de 2021.
JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Ausencia de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad, Auto AT-129 de 2021.
JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Ausencia de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad, Auto AI-011 de 2023.
JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Ausencia de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad, Auto AT-346 de 2023.
JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Ausencia de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad, Auto AI-070 de 2023.
JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Ausencia de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad, Auto AI-073 de 2023.

Organismos internacionales

Asamblea General de las Naciones Unidas, Seguridad Humana, Informe del Secretario General, A/64/701, 8 de marzo de 2010. Disponible en: https://www.urjc.es/images/ceib/revista_electronica/vol_4_2010_2/REIB_04_02_doc02.pdf.
Consejo de Seguridad, Misión de Verificación de las Naciones Unidas en Colombia, I*nforme del Secretario General*, 26 de marzo de 2020. Disponible en: https://colombia.unmissions.org/sites/default/files/sp_n2007155_0.pdf.
Consejo de Seguridad, Misión de Verificación de las Naciones Unidas en Colombia, *Informe del Secretario General*, 27 de diciembre de 2021. Disponible en: https://colombia.unmissions.org/sites/default/files/informe_sp_n2139927.pdf.
Consejo de Seguridad, Misión de Verificación de las Naciones Unidas en Colombia, *Informe del Secretario General*, 26 de septiembre de 2023. Disponible en: https://colombia.unmissions.org/sites/default/files/sp_n2327077.pdf.

12

Entre la amnistía y el castigo: estudio sobre la aplicación de la renuncia condicional a la persecución penal por crímenes graves en la Jurisdicción Especial para la Paz de Colombia

‹MAURICIO GARCÍA CADENA› Magistrado de la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas
‹ANDRÉS CONTRERAS FONSECA› Magistrado auxiliar de la JEP
‹NICOLÁS RAMOS CALDERÓN› Profesional especializado Grado 33 de la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas

Resumen: El modelo de justicia transicional implementado por la JEP tiene como eje la priorización de patrones macrocriminales y la selección de máximos responsables para su juzgamiento. La consecuencia lógica de este hecho es la consolidación de un universo de miles de personas vinculadas a graves crímenes que, por su calidad de partícipes no determinantes, no serán objeto de juzgamiento ni de sanción. En este contexto, este artículo aborda la figura de la renuncia condicionada a la persecución penal, la cual podrá ser aplicada por la JEP, particularmente por la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas (SDSJ), a dichos partícipes no determinantes. Para tal fin, se desarrolla, en primer lugar, una breve exposición de los estándares internacionales aplicables en materia de justicia y reparación en relación con graves crímenes. Posteriormente, se hace referencia a la figura de la renuncia condicionada a la persecución penal, sus diferencias con la amnistía y el indulto incondicionados y los retos derivados de su aplicación, haciendo énfasis en las actuaciones adelantadas por la SDSJ para superar dichos retos.

Palabras clave: justicia transicional; partícipes no determinantes; Sala de Definición de Situaciones Jurídicas; amnistías; indultos; renuncia condicionada a la persecución penal; reparación de víctimas.

Abstract: The transitional justice model implemented by the JEP focuses on the prioritization of macro-criminal patterns and the selection of top-level perpetrators for prosecution. This, in turn, entails the formation of a universe composed of thousands of individuals linked to serious crimes who, due to their status as non-determining participants, will not be subject to prosecution and punishment. In this context, this article addresses the concept of conditional renunciation of criminal prosecution, which may be applied by the JEP, particularly by the Chamber of Definition of Legal Situations (SDSJ), to such non-determining participants. To this end, we first present a brief description of the international standards applicable to justice and reparation for grave crimes. We subsequently analyze the concept of conditional renunciation of criminal prosecution, focusing on its differences with unconditional amnesties and pardons and the challenges arising from its application, with an emphasis on the actions taken by the SDSJ to overcome these challenges.

Keywords: Transitional justice, non-determining participants, Chamber of Definition of Legal Situations, amnesties, pardons, conditional abandonment of criminal prosecution, victim reparation.

Introducción

El 24 de noviembre de 2023, la Subsala Especial de Conocimiento y Decisión Catatumbo, Subsala Catatumbo, de la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas (SDSJ), de la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP), vinculó a 12 personas comparecientes ante dicha institución a un proyecto de trabajo, obra o actividad con contenido reparador o restaurador (TOAR), para ser adelantado en Bogotá. El objeto de esta vinculación es el avance del proceso de definición de situación jurídica de dichas personas que podría concluir con la aplicación de una renuncia condicionada a la persecución penal (RCPP)[1] en su favor.

Para desarrollar los retos que implica la aplicación de la figura de la RCPP, es importante aclarar, preliminarmente, que esta representa uno de los puntos más novedosos incluidos en el proceso de justicia transicional colombiano, de cara al cumplimiento de los estándares que rigen esta materia dentro del derecho internacional de los derechos humanos (DD. HH.), el derecho internacional humanitario (DIH) y el derecho penal internacional (DPI). De esta manera, aclararemos algunas ideas antes de entrar a desarrollar el objeto de este artículo.

1. La JEP es el órgano judicial creado a partir del Acuerdo de Paz suscrito entre el Estado colombiano y las extintas Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia, FARC-EP, con el fin de culminar el conflicto que se venía sosteniendo con dicho grupo por más de 60 años.
2. Una de las misiones fundamentales de la JEP es la aplicación de la priorización de la investigación de las conductas más graves y representativas del conflicto armado y la concentración de la acción penal en aquellas personas que hayan tenido la máxima responsabilidad en su comisión.
3. Principalmente, estas funciones están en cabeza de la Sala de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad de la JEP (SRVR), que priorizó la investigación de estas conductas a partir de 11 macrocasos.[2]

---

[1] Al tenor de lo establecido por la Sección de Apelación de la JEP, en el presente artículo se utiliza la expresión 'renuncia condicionada a la persecución penal', o RCPP, en sentido amplio, esto es, "como expresión que engloba distintos mecanismos no sancionatorios de definición de la situación jurídica, procede[nte] frente a partícipes no determinantes por violaciones a los derechos humanos o infracciones graves del DIH, siempre que el caso haya sido priorizado y la SRVR haya determinado que no se trata de un máximo responsable" (Senit 5, párrafo 149).

[2] Los once macrocasos son los siguientes: 1) toma de rehenes y grave privación de la libertad; 2) situación en el departamento de Nariño (Colombia), respecto a una amplia gama de presuntos delitos cometidos por las FARC-EP y agentes estatales desde 1990 hasta 2016; 3) ejecuciones extrajudiciales; 4) situación en Urabá, respecto a una amplia gama de presuntos delitos cometidos por las FARC-EP y agentes estatales entre 1990 y 2016, incluyendo asesinatos, desapariciones forzadas, desplazamientos forzados, delitos de género basados en el conflicto (SGBC), grave privación de la libertad, y uso de medios y métodos de guerra prohibidos; 5) situación en Cauca y Valle del Cauca, respecto a una amplia gama de presuntos delitos cometidos por las FARC-EP y agentes estatales entre 1993 y 2016, incluyendo asesinatos, desplazamientos forzados, SGBC, torturas y reclutamiento de menores; 6) victimización de miembros de la Unión Patriótica; 7) reclutamiento y uso de niños en el conflicto, incluyendo tanto delitos contra niños como SGBC, dividido en dos

4. Una vez se selecciona a los sujetos de sanciones, esta Sala remite a estas personas al Tribunal para la Paz para su juzgamiento. Aquellas personas que no sean seleccionadas para ser sujetos de las sanciones son remitidas a la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas (SDSJ) para la aplicación de mecanismos no sancionatorios.
5. De acuerdo con el estándar legal de definición de la situación jurídica actual, la SDSJ podrá aplicar la figura de la RCPP a personas vinculadas a crímenes internacionales, siempre y cuando cumplan una serie de obligaciones derivadas del régimen de condicionalidad (RC), principalmente frente a las víctimas del conflicto armado.
6. La RCPP tiene como efecto general la cesación del ejercicio del poder punitivo del Estado de imponer una pena sobre una persona.

Este artículo de investigación aborda cómo la justicia colombiana puede aplicar tratamientos penales no punitivos y, en particular, el concepto innovador de renuncia condicional a la persecución penal, a estas personas (cerca de 10.000 comparecientes que aún continúan sometidos a la JEP),[3] atendiendo los estándares legales internacionales, incluida la obligación internacional de investigar, juzgar y sancionar, y dando prelación a los derechos de las víctimas, pero garantizando igualmente la resocialización de los criminales, todo en aras de contribuir a la consecución de la paz en el país. Esto se desarrollará en dos partes.

En primer lugar, se toma como punto de partida el desarrollo de estos temas en los sistemas universal e interamericano de Protección de Derechos Humanos y de la Corte Penal Internacional. Posteriormente, se discute que, a pesar de que en el marco de esta jurisprudencia se ha establecido la necesidad de imponer sanciones, en la actualidad no existe un estándar único en la materia, por lo que es posible la aplicación de los principios de priorización y selección, lo que deja un espacio abierto para la manejo de figuras intermedias entre las amnistías y la imposición de sanciones. En segundo lugar, se aborda el estudio concreto de los tratamientos no sancionatorios dentro del esquema de justicia transicional de la JEP, incluyendo la RCPP y su relación con la figura de amnistías e indultos y los retos derivados de esta figura.

---

subcasos referentes al reclutamiento y uso de niños por las FARC-EP y por las Fuerzas Armadas colombianas, respectivamente; 8) crímenes cometidos por la Fuerza Pública, agentes estatales en asociación con grupos paramilitares o terceros civiles en el conflicto armado; 9) crímenes no amnistiables cometidos contra los pueblos étnicos y territorios en el marco del conflicto armado colombiano; 10) crímenes no amnistiables cometidos por las ahora extintas FARC-EP en el marco del conflicto armado colombiano, y 11) violencia de género, incluyendo la violencia sexual y reproductiva, y los crímenes cometidos por prejuicio.

[3] Nombre dado a quienes están sometidos a la JEP por razones de competencia.

La relación entre los principios de selección y priorización y la obligación internacional de investigar, juzgar y sancionar graves violaciones de derechos humanos

Los estándares jurídicos internacionales establecen la prohibición general de otorgar amnistías o indultos incondicionales por conductas que constituyen crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad y genocidio. Es importante recordar que el sistema de justicia transicional que se ha venido implementando en el marco del conflicto armado colombiano requiere una profunda interacción con dos cuerpos jurídicos internacionales independientes, pero correlacionados. Por un lado, el de DD. HH., el cual ha desarrollado una serie de estándares en materia de investigación, juzgamiento y sanción de graves violaciones de estos derechos, que para el caso colombiano son principalmente evaluados por el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos (SIPDH), y, por otro lado, el orden jurídico del derecho penal internacional, representado por la Corte Penal Internacional (CPI). En este sentido, esta sección abordará los estándares que en la materia han establecido estos órdenes jurídicos y la compatibilidad de la priorización y la selección de casos y responsables con estos.

Así las cosas, diferentes instrumentos internacionales han consagrado la obligación internacional de garantizar la existencia de recursos adecuados y efectivos para lograr el amparo de derechos vulnerados.[4] Además, a partir del derecho internacional, el deber de investigar, juzgar y sancionar graves violaciones de los derechos humanos no admite la posibilidad de suspensión, ni siquiera en contextos de guerra, conmoción interior, inestabilidad política o cualquier otra emergencia pública.[5]

En lo que respecta al sistema de derecho internacional público, la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, mediante Resolución 81/2005, estableció los principios internacionales sobre la lucha contra la impunidad, enfocados en deberes internacionales de investigar, juzgar, sancionar y reparar las violaciones de los derechos humanos. Esto incluye: i) el derecho a la verdad,

[4] Declaración Universal de los Derechos del Hombre y el Ciudadano, artículo 8: "Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley"; Naciones Unidas, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 2°, numeral 2°.

[5] Naciones Unidas, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 4. "En situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación y cuya existencia haya sido proclamada oficialmente, los Estados Partes en el presente Pacto podrán adoptar disposiciones que, en la medida estrictamente limitada a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de este Pacto, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada únicamente en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social. // 2. La disposición precedente no autoriza suspensión alguna de los artículos 6°, 7°, 8° (párrafos 1 y 2), 11, 15, 16 y 18" (adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su Resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966).

enfocado en el derecho de las víctimas y la sociedad a conocer las circunstancias dentro de las que se dieron las violaciones de derechos; ii) el derecho a la justicia, orientado a poner fin a la impunidad y al enjuiciamiento de los responsables de crímenes graves, a la vez que se avala la protección de las garantías procesales del acusado, junto con la participación de las víctimas; y iii) el derecho a obtener reparaciones efectivas.

Por su parte, en relación con el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos, la Corte IDH ha reiterado la obligación que tienen los Estados de investigar, juzgar, sancionar y reparar. Sin embargo, al delinear el contenido de esta obligación internacional, el tribunal ha recordado que esta implica una obligación de medio, mas no de resultado, que no sea tomada a la ligera o como una simple formalidad.[6] En todo caso, el proceso en el que se materialice esta obligación por parte de los Estados debe caracterizarse por ser serio, objetivo y efectivo, y estar enfocado en la determinación de la verdad, la persecución, la captura y el eventual enjuiciamiento y castigo de los autores de los hechos.[7]

En consecuencia, de manera pacífica y uniforme, la Corte ha reiterado:

> ... son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.[8]

Con todo, debe tenerse en cuenta que desde la perspectiva del derecho internacional humanitario (DIH), para efectos de los conflictos armados internacionales, las cuatro convenciones de Ginebra de 1949, en sus artículos 49, 50, 129 y 146, respectivamente, establecen la obligación para los Estados parte de imponer sanciones penales efectivas a las personas que cometan, u ordenen la comisión, de violaciones graves del DIH. En idéntico sentido, el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) ha establecido dicha obligación como parte del derecho internacional consuetudinario para conflictos armados de carácter no internacional.[9]

---

[6] Corte IDH, Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, Sentencia de 29 de julio de 1988, Fondo, Serie C, n.° 4, párrafo 177, y Caso Gutiérrez Hernández y otros vs. Guatemala, Sentencia de 24 de agosto de 2017, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, n.° 339, párrafo 148.

[7] Corte IDH, Caso Juan Humberto Sánchez vs. Honduras, Sentencia de 7 de junio de 2003, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, n.° 99, párrafo 127; Caso Vereda La Esperanza vs. Colombia, Sentencia de 31 de agosto de 2017, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, n.° 340, párrafo 185.

[8] Corte IDH, Caso de las Masacres del Mozote y Lugares Aledaños vs. El Salvador, Sentencia de 25 de octubre de 2012, Serie C, n.° 252.

[9] CICR, *Normas consuetudinarias de derecho internacional humanitario*, 2005, Norma 158. Disponible en: https://ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v1_rul_rule158.

Sin perjuicio de lo anterior, es importante no perder de vista que, a la luz del Protocolo Adicional II a los Convenios de Ginebra de 1977, al culminarse las hostilidades, los Estados deberán propender a otorgar la amnistía más amplia posible a aquellos que participaron en ellas. Al respecto, el compendio de normas consuetudinarias del DIH ha descartado la posibilidad de aplicar estas amnistías a aquellos eventualmente vinculados a crímenes de guerra.[10]

A partir de estos parámetros, la Corte IDH se ha decantado por establecer un estándar diferenciado en materia de la investigación, juzgamiento y sanción de graves violaciones de derechos humanos en escenarios de justicia de transición de un conflicto armado a la paz.[11] De esta manera, el tribunal ha manifestado que el derecho internacional de los derechos humanos deberá ser interpretado de manera complementaria con el DIHDIH y con los acuerdos de paz suscritos por las partes, como ocurre en el caso colombiano. Así, en dichos escenarios, sería posible aplicar la figura de la amnistía a conductas no constitutivas de crímenes internacionales.[12]

Frente a este punto, resulta de particular relevancia el voto concurrente del juez Diego García-Sayán en el Caso Masacres de El Mozote vs. El Salvador (al cual adhirieron otros cuatro jueces de la Corte IDH). En efecto, allí se sostiene que "el derecho internacional de los derechos humanos debe considerar a la paz como un derecho y al Estado como obligado a alcanzarla";[13] en consecuencia, se reconoce la necesidad de realizar juicios de ponderación "en contextos en los que pudieran surgir tensiones entre las demandas de justicia con los requerimientos de una paz negociada en el marco de un conflicto armado no internacional".[14] En este sentido, el voto concurrente recuerda que la obligación de los Estados de investigar y sancionar las violaciones de los derechos humanos implica tres elementos, a saber: (i) la investigación y el esclarecimiento de los hechos, (ii) la identificación de los responsables, y (iii) la aplicación de sanciones proporcionales a los crímenes cometidos, y sostiene que, en contextos de transición a la paz, donde "se dificulta la concreción de la sanción penal",[15] podría válidamente priorizarse el derecho de las víctimas y de la sociedad a la verdad, aunado a la reparación de las víctimas, los pedidos de perdón y los reconocimientos de responsabilidad.[16]

---

[10] *Ibid*., Norma 159.

[11] Corte IDH, Caso de las Masacres del Mozote y Lugares Aledaños vs. El Salvador, cit.

[12] *Ibid*., párrafo 286.

[13] Corte IDH, Caso de las Masacres del Mozote y Lugares Aledaños vs. El Salvador, cit., Voto Concurrente del Juez Diego García Sayán, párrafo 37.

[14] *Ibid*., párrafo 4.

[15] *Ibid*., párrafo 28.

[16] *Ibid*., párrafos 28-34. Al respecto, ver Rodrigo Uprimny Yepes, Luz María Sánchez Duque y Nelson Camilo Sánchez León, *Justicia para la paz. Crímenes atroces, derecho a la justicia y paz negociada*, Bogotá, Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia, 2014.

En el mismo sentido, en el marco de la sentencia del Caso Vereda La Esperanza vs. Colombia, el alto tribunal entró a valorar positivamente que el Estado optara por la aplicación de un enfoque de investigación basada en patrones de macrocriminalidad y de priorización de graves violaciones de derechos humanos. Sobre esto, Colombia ha venido desarrollando, por casi 20 años, procesos paralelos de justicia transicional basados, con diferentes intensidades,[17] en la priorización del estudio de determinados patrones criminales,[18] y en la selección de personas que hayan ostentado una máxima responsabilidad dentro de estos patrones, para concentrar en ellos el ejercicio de la acción penal.[19]

Al respecto, el tribunal interamericano reconoció un alto grado de autonomía para los Estados a la hora de determinar mecanismos de priorización de casos, siempre y cuando estos no impliquen un "notorio o flagrante apartamiento de lo dispuesto en la norma interna que esté en violación del deber de debida diligencia o de las garantías judiciales protegidas en la Convención Americana".[20] Igualmente, de manera reciente, la Corte reiteró respecto a la priorización de delitos y de autores "que la necesidad de utilizar el mecanismo

---

[17] Especialmente, dado que "con la entrada en vigencia de la Ley 1592 de 2012, modificatoria de la Ley 975 de 2005, el modelo investigativo tradicional que se venía utilizando en Justicia y Paz varió para dar paso a uno dirigido a esclarecer el patrón de macrocriminalidad en el accionar de los grupos armados organizados al margen de la ley, en adelante GAOML, y a develar los contextos, las causas y los motivos del mismo, concentrando los esfuerzos en los máximos responsables". De esta manera, a pesar de que en un comienzo la investigación penal en el marco de la Ley de Justicia y Paz no tuvo un enfoque de priorización y selección, como sí lo tuvo en la JEP, después de unos años sí fue implementado (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia SP374-2018 de 21 de febrero de 2018, M. P. Patricia Salazar Cuéllar).

[18] La Corte Constitucional de Colombia ha delimitado algunos criterios enfocados en la racionalización de la priorización de la investigación criminal. Esto ocurre por las siguientes razones: i) la formulación de un criterio juega un papel muy importante en la comunicación y manejo de expectativas de la población; ii) las prioridades iniciales y la dirección de las investigaciones tienen gran impacto en el desarrollo que haga la Fiscalía en el proceso; iii) en un ambiente politizado, la priorización de los casos debe basarse en criterios profesionales y objetivos, fundados en la gravedad del crimen cometido, lo que dará legitimidad al proceso; iv) reconsiderar y ajustar los criterios usados en el pasado no es una debilidad, si este cambio se hace como producto de un análisis profesional y objetivo; v) absoluciones derivadas de la falta de evidencia pueden tener un impacto negativo en el alcance de la justicia y la sensación de abandono a ciertos grupos; vi) el respeto al derecho a la igualdad, no implica una igualdad matemática; vii) la legitimidad o confianza en la persecución penal se debe basar en la experiencia profesional y los estándares aplicados a la situación particular de un crimen internacional (Corte Constitucional, Sentencia C-579 de 2013, M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub).

[19] De conformidad con temprana jurisprudencia de la Corte Constitucional, el máximo responsable puede ser entendido como "aquella persona que tiene un rol esencial en la organización criminal para la comisión de cada delito, es decir, que haya: dirigido, tenido el control o financiado la comisión de los delitos de lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra cometidos de manera sistemática" (Sentencia C-779 de 2013, M. P. Luis Guillermo Guerrero Pérez).

[20] Corte IDH, Caso Vereda La Esperanza vs. Colombia, cit., párrafo 231.

de racionalización de la acción penal denominado 'priorización' se encuentra en concordancia con lo establecido por distintas entidades internacionales".[21]

Preliminarmente, se puede ver que en el marco del derecho de los derechos humanos, la Corte IDH ha venido reconociendo que la consolidación de estándares maximalistas, que implican la investigación y el juzgamiento de la totalidad de los hechos y las conductas acaecidos en el marco de un conflicto armado, no es realista de cara a las posibilidades de los Estados. Esto es particularmente cierto en contextos de terminación negociada de conflictos armados, en los cuales la concreción de la paz, como deber del Estado y derecho de sus habitantes, debe ser adecuadamente ponderada con las obligaciones internacionales del Estado. A pesar de esto, se puede observar que la Corte ha sido prudente a la hora de establecer los estándares que deberían regir la administración de justicia en contextos de justicia de transición y se ha decantado por establecer, en principio, una suerte de margen de apreciación[22] estatal, moderado y aún por desarrollar, a la hora de establecer criterios de priorización y de racionalización de la acción penal. Este último punto es especialmente evidente cuando la Corte recuerda que "no es un órgano de cuarta instancia y que no le corresponde pronunciarse sobre la idoneidad de determinado mecanismo de priorización establecido a nivel nacional con relación a otro".[23]

Ahora bien, desde la perspectiva del derecho penal internacional, diferentes tribunales internacionales también han reconocido la incompatibilidad de la aplicación de amnistías para los crímenes internacionales.[24] En todo caso,

---

[21] Corte IDH, Caso Integrantes y Militantes de la Unión Patriótica vs. Colombia, Sentencia de 27 de julio de 2022, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, n.° 455, párrafo 485.

[22] La doctrina del margen nacional de apreciación es una creación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sin ningún tipo de consagración convencional. La figura está encaminada a reconocer la discrecionalidad que tienen los Estados parte del Convenio Europeo de Derechos Humanos a la hora de tomar medidas para adoptar las obligaciones emanadas de este instrumento y, en igual medida, para restringir las libertades consagradas en virtud de principios superiores, como la seguridad nacional, la salud pública, entre otros. Sobre el particular, vale la pena aclarar que, a la fecha, la Corte IDH no ha desarrollado dicha figura y se ha inclinado por la creación de estándares rígidos con los que evaluar a los Estados. En este sentido, ver Raffaella Nigro, "The Margin of Appreaciation Doctrine and the Case-law of the European Court of Human Rights on the Islamic Veil", *Human Rights Review*, n.° 11, 2010; George Letsas, "Two Concepts of the Margin of Appreciation", *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 26, n.° 4, 2006; Francisco Javier Mena Parras, "La Sentencia A, B y C contra Irlanda y la cuestión del aborto '*¿Un* punto de inflexión' en la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos en materia de consenso y margen de apreciación nacional?", *Anuario de Derechos Humanos de la Universidad de Chile,* 2012; Claudio Nash Rojas, "La doctrina del margen nacional de apreciación y su nula recepción en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", *Anuario Colombiano de Derecho Internacional,* v. 11, 2018.

[23] Corte IDH, Caso Vereda La Esperanza vs. Colombia, cit., párrafo 231.

[24] ICTY, Case of Prosecutor v. Furundžija, Judgment of 10 December 1998, Case n.° IT-95-17/1-T, para. 155; SCSL, Case of Prosecutor v. Gbao, Decision n.° SCSL-04-15-PT-141, Appeals Chamber, Decision on Preliminary Motion on the Invalidity of the Agreement between the United Nations

en el contexto colombiano, el estándar que rige en la actualidad también tiene como base la complementariedad del ejercicio del poder punitivo de la Corte Penal Internacional.[25] Así, puede entenderse que dicha institución se constituye como un refuerzo a las labores que los Estados están llamados a adelantar en el cumplimiento de sus obligaciones internacionales, la cual solo puede actuar en tanto se demuestre su falta de capacidad o disposición y que, además, su actuar no afecte el interés de la justicia.[26]

Sobre el particular, el estado actual del derecho internacional público, aunado a la incapacidad de un tribunal internacional de entrar a investigar la totalidad de crímenes internacionales que se cometen en determinados contextos, han llevado al desarrollo de posturas proclives a aceptar que la jurisdicción penal internacional puede coexistir y cooperar con las jurisdicciones domésticas con mecanismos diversos a los procesos penales tradicionales. Esto, en consonancia con lo establecido en el propio Estatuto de Roma, al disponer el interés de la justicia como un criterio que, necesariamente, debe tener en cuenta los procesos políticos y sociales que tienen lugar en el marco de los acuerdos de paz dentro de los conflictos armados.[27]

Al respecto, se ha planteado que los intereses de la justicia internacional pueden requerir, en escenarios de transición complejos como los conflictos armados, algún tipo de amnistías condicionadas, en las que se impongan cargas específicas a las personas involucradas en crímenes graves.[28] Bajo esa óptica, poner la perspectiva en la complementariedad de la justicia penal clásica con nuevas alternativas de justicia, como la restaurativa, puede ser necesario para cumplir con la finalidad de la justicia penal internacional.[29] Por esto, Minow propone que las amnistías condicionales podrían satisfacer el compromiso con la responsabilidad individual por graves violaciones de los derechos humanos

---

and the Government of Sierra Leone on the Establishment of the Special Court, 25 May 2004, para. 10; SCSL, Case of Prosecutor v. Sesay, Kallon and Gbao, Case n.° SCSL-04-15-T, Judgment of the Trial Chamber, 25 February 2009, para. 54, y Case of Prosecutor v. Sesay, Kallon and Gbao, Case n.° SCSL-04-15-T, Trial Chamber, Sentencing Judgment, 8 April 2009, para. 253.

[25] The Prosecutor v. Katanga, ICC-01/04-01/07-1008-AnxA, Informal Expert Paper: The Principle of Complementarity in Practice, 1, Mar. 30, 2009. Disponible en: https://perma.cc/ZU9X-7G82.

[26] Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, A/CONF.183/9, de 17 de julio de 1998, artículos 17 y 53.

[27] ICC, The Office of the Prosecutor, *Policy Paper on the Interest of Justice*, September 2007. Disponible en: https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/ICCOTPInterestsOfJustice.pdf; Talita de Souza Dias, "'Interests of justice': Defining the scope of Prosecutorial discretion in Article 53(1)(c) and (2)(c) of the Rome Statute of the International Criminal Court", *Leiden Journal of International Law*, n.° 30, 731-751, 2017; Denakpon L. R. Tchobo, *The Interests of Justice and the Spirit of Article 53 of the Rome Statute of the International Criminal Court*, August 5, 2021. Disponible en: https://ssrn.com/abstract=3984498 or http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3984498.

[28] Mahnoush Arsanjani, "The International Criminal Court and National Amnesty Laws", *American Society of International Law,* n.° 93, Proc. 65, 1999.

[29] Darryl Robinson, "Serving the Interests of Justice: Amnesties, Truth Commissions and the International Criminal Court", *European Journal of International Law,* n.° 14, pp. 481, 483, 499, 2003.

si las condiciones incluyen exigir testimonios veraces sobre el papel de la persona en actos violentos.[30]

En esta misma línea, en su reciente informe final sobre la situación de Colombia (por medio del cual se comunicó la decisión de cerrar el examen preliminar sobre el Estado), la Fiscalía de la CPI resaltó la importancia de la aplicación de un enfoque de investigación macrocriminal que tenga como eje la priorización de la investigación, sin perjuicio de las obligaciones del Estado de cara al derecho internacional.[31] Así, dicha oficina validó la lógica de investigación basada en la concentración de la acción penal en los máximos responsables de crímenes internacionales, al igual que la priorización de la investigación alrededor de los macrocasos que ha abierto la JEP.

Tratamientos no sancionatorios dentro del esquema de justicia transicional de la JEP y su relación con las obligaciones internacionales del Estado

La renuncia a la persecución penal: similitudes y diferencias con las amnistías e indultos

De conformidad con la normatividad aplicable, a la SDSJ le corresponde "definir la situación jurídica de quienes no hayan tenido una participación determinante en los casos más graves y representativos".[32] Para tal fin, puede adoptar diferentes mecanismos no sancionatorios de la situación jurídica, los cuales han sido englobados por la Sección de Apelación dentro del concepto de "renuncia a la persecución penal" en sentido amplio.[33] Así pues, en aplicación de los principios de priorización y selección que rigen a la JEP, la SDSJ puede beneficiar

[30] Martha Minow, "Do Alternative Justice Mechanisms Deserve Recognition in International Criminal Law: Truth Commissions, Amnesties, and Complementarity at the International Criminal Court," *Harvard International Law Journal*, v. 60, n.° 1, pp. 1-46, 2019.

[31] ICC, The Office of the Prosecutor, *Report on the Situation in Colombia*, 30 November 2023, p. 5.

[32] Congreso de Colombia, Ley 1957 de 2019, *Diario Oficial* 50.976 de 6 de junio de 2019, artículo 84(h).

[33] La Sección de Apelación ha establecido que la renuncia a la persecución penal puede ser aplicada en tres supuestos distintos: primero, como "herramienta idónea para los menores de dieciocho años que hubieran cometido delitos por causa, con ocasión y en relación directa o indirecta con el conflicto armado"; segundo, como "alternativa penal diferenciada y simultánea para agentes del Estado integrantes de la Fuerza Pública por delitos que no se consideran los más graves", esto es, crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad u otras graves violaciones de los derechos humanos o infracciones graves al DIH; tercero, "como instrumento aplicable a aquellos individuos que no fueron o no serán seleccionados para juzgamiento y sanción, por tratarse de comparecientes que no ejercieron liderazgo o no tuvieron una participación determinante en los delitos más graves y representativos del CANI". El presente artículo se enfoca en el tercer tipo de renuncia a la persecución penal, por ser este el aplicable a personas cuya responsabilidad se encuentra comprometida por graves crímenes, incluyendo crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad y otras graves violaciones de los derechos humanos o infracciones graves al DIH.

con la RCPP a aquellos individuos que, a pesar de ser responsables por la comisión de crímenes graves (esto es, crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad y otras graves violaciones de los derechos humanos o infracciones graves al DIH), no fueron o no serán seleccionados por la SRVR para ser juzgados y sancionados, por no haber tenido una participación determinante en dichos crímenes.[34] Ello es aplicable a todo tipo de comparecientes, incluyendo agentes del Estado, exintegrantes de las FARC-EP y terceros civiles, independientemente de si fueron ya procesados o condenados por la justicia ordinaria.[35]

Ahora bien, la RCPP no equivale a una amnistía o un indulto incondicionados. En efecto, según se desprende de lo anteriormente expuesto, la RCPP puede ser otorgada incluso en relación con delitos no amnistiables, incluyendo crímenes de guerra y graves violaciones de los derechos humanos. Siendo así, para efectos de que una RCPP concedida en relación con este tipo de delitos no constituya una amnistía prohibida bajo el derecho internacional, su otorgamiento está sujeto, en todos los casos, al cumplimiento de un régimen de condicionalidad estricto (RCE), el cual incluye las siguientes obligaciones: i) la dejación de las armas; ii) la liberación de secuestrados; iii) la desvinculación de menores de edad reclutados ilícitamente que se encuentren en poder de los grupos armados al margen de la ley; iv) el reconocimiento de responsabilidad, si procede; v) la contribución cierta al esclarecimiento de la verdad en el marco del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición (SIVJRNR); vi) el cumplimiento o la efectiva observancia de las condiciones específicas impuestas por las autoridades de la JEP (SRVR y SDSJ) en cada caso; vii) los compromisos de no repetición y de no comisión de nuevos delitos; y, por supuesto, viii) la reparación de las víctimas.[36]

Algunas de estas obligaciones deben ser cumplidas por los comparecientes de manera previa a la concesión del beneficio de la RCPP, esto es, como condición de acceso al mismo. Tal es el caso de las primeras tres obligaciones enlistadas, exigibles a miembros de las antiguas FARC-EP. A su vez, las demás obligaciones constituyen condiciones para mantener el beneficio. Ello implica, por un lado, que pueden ser cumplidas por los comparecientes con posterioridad a la recepción de la RCPP y, por otro lado, que su incumplimiento podría acarrear tanto la revocatoria del beneficio como la expulsión del compareciente de la JEP. Todo ello garantiza que el Estado colombiano cumpla sus deberes internacionales en materia de investigar, juzgar y sancionar, "concentra[ndo] la función persecutoria en los máximos responsables en aquellas formas de

[34] Corte Constitucional, Sentencia C-007 de 2018, M. P. Diana Fajardo Rivera; JEP, Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Senit 5, párrafo 149.

[35] JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Senit 5, párrafo 149.

[36] *Ibid*., párrafo 174.

criminalidad que tienen una mayor gravedad",[37] a la vez que maximiza los derechos de las víctimas a la verdad, la reparación y la no repetición.

En este punto, vale la pena poner de presente que tanto la Corte Constitucional colombiana como la Sección de Apelación han determinado que la concesión de la RCPP, en los términos anteriormente expuestos, está en consonancia con las obligaciones internacionales del Estado colombiano. Al respecto, el órgano de cierre de la JEP ha señalado lo siguiente:

> La RPP no procede frente a los más graves crímenes, excepto que dichos crímenes sean imputados a los máximos responsables y se les imponga la sanción correspondiente. En esos eventos, los partícipes no determinantes objeto de selección negativa podrán acceder a la renuncia a la persecución penal, bajo un régimen de condicionalidad que maximice el derecho de las víctimas, por cuanto el delito será procesado y sancionado en cabeza de los máximos responsables. En ese sentido, no existe ninguna vulneración del deber internacional y constitucional del Estado de investigar y sancionar los crímenes más graves. Los partícipes no determinantes de esos delitos podrán acceder a beneficios no sancionatorios condicionados, como la renuncia a la persecución penal, aunque cuenten con condenas ejecutoriadas o estén siendo procesados por graves crímenes por la justicia penal ordinaria. Por lo tanto, la SDSJ podrá aplicarles la RPP para los partícipes no determinantes condenados o procesados por la justicia penal ordinaria por graves crímenes, que no hayan sido seleccionados por la SRVR, siempre que reconozcan verdad y responsabilidad.[38]

En el mismo sentido, la Corte Constitucional ha establecido que el hecho de imputar delitos graves únicamente a sus máximos responsables no es contrario a las obligaciones internacionales del Estado, por cuanto

> (i) la concentración de la responsabilidad en los máximos responsables no implica que se dejen de investigar todos los delitos de lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra cometidos de manera sistemática, sino que permite que sean imputados solo a quienes cumplieron un rol esencial en su comisión; y (ii) […] contribuye eficazmente a desvertebrar macroestructuras de criminalidad y revelar patrones de violaciones masivas de derechos humanos, asegurando en últimas la no repetición.[39]

Así pues, es posible otorgar el beneficio de la RCPP a las demás personas involucradas en la comisión de estos crímenes, siempre y cuando la "entrega y conservación [de este beneficio] se sujet[e] a la contribución efectiva a los derechos de las víctimas",[40] la cual debe darse "tanto al recibir el beneficio, como de

[37] Corte Constitucional, Sentencia C-674 de 2017, M. P. Luis Guillermo Guerrero Pérez; JEP, Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Senit 5, párrafo 165.

[38] JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Senit 5, párrafo 149.

[39] Corte Constitucional, Sentencia C-579 de 2013, citada en Corte Constitucional, Sentencia C-080 de 2018, M. S. Antonio José Lizarazo Ocampo.

[40] Corte Constitucional, Sentencia C-080 de 2018, cit.

forma continua, especialmente, en el ámbito de la construcción de la verdad y la memoria histórica".[41]

Dicho lo anterior, hay que aclarar que todos los comparecientes a la JEP deben contribuir a la realización de los derechos de las víctimas. Sin embargo, el carácter "estricto" del régimen de condicionalidad exigible a los comparecientes responsables de crímenes graves implica que deben aportar a tal fin de una forma más rigurosa que los comparecientes involucrados en la comisión de crímenes de menor gravedad. En el mismo sentido, la JEP debe supervisar el cumplimiento del RCE de forma más rigurosa, de manera que los eventuales incumplimientos tengan consecuencias efectivas, incluyendo la revocatoria del beneficio de la RCPP y, de ser el caso, la expulsión de la JEP.[42]

En todo caso, el RCE exigible a los comparecientes que serán beneficiarios de la RCPP en relación con crímenes graves tampoco es equivalente a las sanciones propias que se les impondrán a los máximos responsables seleccionados por la SRVR. En efecto, si bien tanto el RCE como las sanciones propias tienen un componente reparador y restaurador, aquel no tiene un carácter sancionatorio, mientras que estas últimas sí. De ello se deriva que las sanciones propias implican, necesariamente, restricciones efectivas de libertades y derechos, mientras que el RCE no puede acarrear dichas restricciones en ningún caso. No obstante, frente a los partícipes no determinantes, la RCPP sí parte de un presupuesto objetivo, pues, en su gran mayoría, estos han acreditado ante la JEP como mínimo cinco años de privación efectiva de la libertad en la justicia ordinaria por crímenes relacionados con el conflicto armado. Por lo demás, esto no significa que las tareas de reparación exigibles bajo ambos regímenes no puedan ser de la misma naturaleza: tal como ha señalado la Sección de Apelación, un partícipe no determinante beneficiado con la RCPP podría vincularse al mismo tipo de trabajo, obra o actividad reparadora y restaurativa (TOAR) que un máximo responsable condenado a cumplir una sanción propia, pero las condiciones e intensidad de la actividad, el tiempo invertido y/o la labor específica desempeñada por cada uno diferirán.[43]

Retos derivados de la aplicación de la renuncia condicionada a la persecución penal

La aplicación de la figura de la RCPP en relación con comparecientes responsables de crímenes graves (pero con una participación no determinante), incluyendo crímenes de guerra, representa una serie de retos prácticos para la SDSJ. Entre estos, vale la pena destacar dos: i) la determinación de las tareas y

[41] *Idem*.

[42] Corte Constitucional, Sentencia C-080 de 2018, cit.; JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Senit 5, párrafo 153.

[43] JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Senit 5, párrafo 178.

actividades precisas que desempeñará cada compareciente, particularmente en lo relativo a su obligación de contribuir a la reparación de las víctimas, y ii) la ponderación de los derechos e intereses de las víctimas con los derechos de los comparecientes, a la luz de los principios de estricta temporalidad y transitoriedad y en un contexto de restricciones presupuestales, competenciales y logísticas.

La determinación de las tareas exigibles a cada compareciente

En cuanto a lo primero, si bien todos los comparecientes que recibirán el beneficio de la RCPP están obligados a contribuir a la realización de los derechos de las víctimas, los aportes específicos exigibles a cada uno dependerán de las conductas particulares cometidas por ellos, de conformidad con los principios de proporcionalidad, gradualidad, igualdad, centralidad de las víctimas y estricta temporalidad.[44] Esto es particularmente cierto en lo referente a sus aportes en materia de reparación. Por ello, en la Resolución 3479 de 19 de octubre de 2023, la SDSJ estableció una serie de criterios objetivos para efectos de determinar el nivel de los aportes exigibles a cada compareciente en esta materia. Dichos criterios incluyen: i) gravedad de las conductas cometidas por el compareciente; ii) nivel de participación/rol desempeñado por el compareciente en cada una de las conductas cometidas; iii) número de conductas delictivas de competencia de la JEP atribuidas al compareciente; iv) número de unidades militares diferentes, en las cuales el compareciente cometió hechos o conductas delictivas de competencia de la JEP; v) características individuales del compareciente; vi) número y características específicas de las víctimas de cada hecho o conducta cometida por el compareciente; y vii) situación jurídica en la justicia ordinaria y disponibilidad de evidencia que comprometa la responsabilidad del compareciente en cada uno de los hechos o conductas delictivas de competencia de la JEP que se le atribuyen.

A partir de esos criterios, la SDSJ determinó que los comparecientes serían categorizados como de mayor, media o menor responsabilidad, así: i) los de mayor responsabilidad son "aquellos comparecientes cuyo rol fue determinante en la comisión de graves crímenes", quienes deberán ejecutar actividades con contenido reparador y restaurador por un término que oscilará entre seis meses y 23 meses y 29 días; ii) los de responsabilidad media son "aquellos comparecientes que, a pesar de tener una participación directa en la comisión de crímenes graves, su rol no fue determinante en la comisión de los mismos", quienes deberán ejecutar actividades con contenido reparador y restaurador por un término que oscilará entre cuatro meses y un año; y iii) los de menor

[44] JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Sentencia interpretativa TP-SA, Senit 5 de 2023, párrafo 188; JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Sentencia TP-SA-RPP 230 de 2021, párrafo 15.

responsabilidad son "aquellos comparecientes que no participaron de forma directa o no tuvieron un rol determinante en la comisión de crímenes graves", quienes deberán ejecutar actividades con contenido reparador y restaurador por un término que oscilará entre 15 días y cuatro meses.

Adicionalmente, la SDSJ estableció también unos criterios de gradualidad que le permitirán determinar las obligaciones específicas exigibles a cada compareciente en materia de reparación dentro de los rangos anteriormente establecidos: i) grado de compromiso con el Sistema Integral para la Paz; ii) reconocimientos de responsabilidad (incluyendo si fueron tempranos, tardíos, parciales o exhaustivos); iii) acatamiento de (o reticencia a acatar) decisiones judiciales previas; y iv) tiempo de privación de la libertad por cuenta de procesos de competencia de la JEP.

Estos criterios fueron aplicados por primera vez por la Subsala Catatumbo de la SDSJ en la Resolución 3891 de 24 de noviembre de 2023, a través de la cual se ordenó la vinculación de 12 miembros de la Fuerza Pública, cuya responsabilidad se encuentra comprometida por la comisión o encubrimiento de ejecuciones extrajudiciales (homicidios en persona protegida) cometidos en la región del Catatumbo (Norte de Santander), al proyecto de TOAR "Restaurándonos", posteriormente conocido como "Siembras de Vida". Este proyecto, cuyo fin era contribuir a la restauración de daños al medio ambiente, la naturaleza y el territorio en las localidades de Usme y Ciudad Bolívar, en Bogotá, fue efectivamente ejecutado durante un periodo de cinco meses, que culminaron el pasado mes de julio.

Para efectos de proferir esta decisión, la SDSJ analizó las conductas cometidas por cada uno de los comparecientes, teniendo en cuenta para tal fin tanto lo encontrado por la justicia ordinaria como los aportes y reconocimientos de responsabilidad de los propios comparecientes ante la JEP. De esta manera, a partir de la evaluación de los diferentes criterios anteriormente enunciados, la SDSJ encontró que cinco de estos comparecientes debían ser categorizados, *prima facie*, como de responsabilidad mayor; tres, como de responsabilidad media; y cuatro, como de responsabilidad menor. Hecho esto, procedió a determinar el tiempo específico durante el cual cada uno de los comparecientes debía estar vinculado al proyecto "Siembras de Vida", teniendo en cuenta los criterios de graduación enunciados. En todos los casos, incluyendo aquellos categorizados como de menor responsabilidad, el tiempo de vinculación ordenado fue superior a tres meses, teniendo en cuenta la gravedad de las conductas cometidas por los comparecientes y el hecho de que las mismas hacían parte de un caso priorizado por la SRVR (a saber, el Caso 03: "Asesinatos y desapariciones forzadas presentados como bajas en combate por agentes del Estado").

Sin embargo, el proyecto "Siembras de Vida" ha sido objeto de críticas por parte de algunas víctimas, quienes han manifestado su desacuerdo con el hecho de que no guarda una relación directa con el daño sufrido por ellas. Aun

cuando se trata de una crítica legítima, es necesario que la JEP, al momento de imponer tareas de reparación a los comparecientes, pondere también los efectos positivos de la reparación, en su dimensión colectiva, para la sociedad en su conjunto. Lo anterior da paso al segundo gran reto que enfrenta la JEP y, particularmente, la SDSJ, para efectos de conceder la RPP a comparecientes responsables de la comisión de graves crímenes: balancear adecuadamente los derechos e intereses de víctimas con los derechos e intereses de comparecientes, respetando, a la vez, los principios de estricta temporalidad y transitoriedad en un contexto de restricciones presupuestales, competenciales y logísticas.

Ponderación de los derechos e intereses de víctimas y comparecientes

Las víctimas son el centro del proceso transicional. Es por ello que, para garantizar su participación ante la JEP, la SDSJ, en primer lugar, ordena a la Unidad de Investigación y Acusación (UIA) ubicar a las víctimas de los hechos atribuidos a cada compareciente y contactarlas, con el fin de inquirir si desean participar como intervinientes especiales ante la JEP. Aquí surge una dificultad inicial, pues es posible que las víctimas hayan fallecido, no deseen participar ante la JEP o no puedan ser ubicadas. En estos casos, el Ministerio Público es el encargado de representar sus intereses en el marco del proceso transicional.

Ahora bien, en el evento de que las víctimas puedan ser ubicadas y deseen participar en las actuaciones ante la JEP, tienen derecho, entre otros asuntos, a presentar observaciones a las propuestas de aportes hechas por los comparecientes, así como a apoyar u oponerse a la concesión de beneficios a aquellos. Siendo así, las víctimas tienen derecho a manifestar su opinión en relación con las tareas de reparación que los comparecientes deben cumplir para efectos de obtener beneficios jurídicos transicionales.

Al mismo tiempo, sin embargo, las actuaciones de la SDSJ están regidas por los principios de estricta temporalidad y transitoriedad, en virtud de los cuales la JEP deberá cumplir su misión constitucional dentro del término perentorio de 15 años, prorrogables, como máximo, por otros cinco.[45] Ello implica que la SDSJ debe "agilizar la operación de los instrumentos de verdad, justicia y reparación",[46] evitando postergar sus decisiones "para un momento tan avanzado en el tiempo que entr[e] a reñir con la vigencia misma de la [JEP]",[47] de ma-

[45] Acto Legislativo 01 de 2017, 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, *Diario Oficial* 50.169 de 4 de abril de 2017, artículo transitorio 5; Corte Constitucional, Sentencia C-674 de 2017, M. P. Alejandro Linares Cantillo; JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Sentencia Interpretativa 1 de 3 de abril de 2019, párrafo 11.

[46] JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 598 de 2020, párrafo 28.

[47] *Idem*.

nera que se "garanti[ce] la eficacia de los tratamientos penales especiales y maximi[ce] su componente restaurativo en el momento presente".[48]

Más aún, la SDSJ tiene también la obligación de brindar seguridad jurídica a los comparecientes, garantizando que los principios de proporcionalidad, gradualidad e igualdad se respeten al momento de determinar las obligaciones exigibles a cada uno de ellos ante la JEP. Esto implica, por un lado, que la JEP debe procurar resolver la situación jurídica de los comparecientes de la manera más célere posible, facilitando así su resocialización y reincorporación a la sociedad; y, por otro lado, que las obligaciones exigidas a cada compareciente deben resultar proporcionales en relación con aquellas exigidas a otros comparecientes, independientemente de las observaciones y/o solicitudes formuladas por las víctimas en cada caso. Así pues, resultaría contrario a los derechos de las víctimas que sus observaciones y solicitudes sean ignoradas por completo por la JEP al momento de proferir decisiones; al mismo tiempo, resultaría contrario a los derechos de los comparecientes el que, con el fin de atender las solicitudes de las víctimas, se les exigiera el cumplimiento de tareas radicalmente disímiles en términos de duración, riesgo y/o complejidad, aun cuando el grado de responsabilidad predicable en cada caso sea similar.

En vista de lo anterior, la SDSJ debe ponderar tres elementos que podrían entrar, potencialmente, en tensión: i) los derechos de las víctimas a participar ante la JEP y a presentar sus observaciones y solicitudes en relación con las tareas de reparación que los comparecientes deberán cumplir; ii) los derechos de los comparecientes a la seguridad jurídica y a recibir un tratamiento acorde con los principios de proporcionalidad, gradualidad e igualdad; y iii) la necesidad de actuar de manera célere, conforme a los principios de estricta temporalidad y transitoriedad. A ello se suman, además, las restricciones derivadas del contexto en el cual opera la JEP: primero, restricciones en materia de personal y limitado presupuesto, que dificultan poner en marcha y de manera amplia el sistema de TOARS y restringen los recursos que pueden asignarse a la ejecución y supervisión de tareas de reparación; segundo, restricciones de su competencia, que la obligan a articularse con otras entidades estatales para efectos de adelantar estructurar, implementar y supervisar las tareas de reparación a cargo de los comparecientes; y tercero, restricciones derivadas de la situación de seguridad del país, que limitan el tipo de tareas de reparación que pueden ser ejecutadas por los comparecientes y las zonas en las cuales pueden hacerlo.[49]

---

[48] *Ibid*., párrafos 28-29.

[49] Al respecto, la Sección de Apelación ha señalado que "es función constitucional y legal de la JEP imponer sanciones propias y medidas de contribución a la reparación a cargo de quienes comparecen ante ella. No obstante, es responsabilidad constitucional y legal del Gobierno Nacional asistir a la Jurisdicción para que sus decisiones sean efectivas. Así se desprende de los artículos 113 y 201, numeral 1, de la Constitución de 1991, del artículo 18 transitorio del Acto

Aunado a lo dicho, también hay que tener en cuenta las complejidades derivadas del desequilibrio evidente de cargas entre salas y secciones, pues es en la SDSJ donde recaerá primordialmente tan importante labor, sin contar con mayor respaldo a nivel judicial, salvo a través de figuras propias de la Jurisdicción, como la movilidad voluntaria, cuyo impacto, sin embargo, no ha sido el esperado.[50] A ello se suma la alta carga laboral de las Salas de Justicia de la JEP, particularmente de la SDSJ, a consecuencia de la amplitud de las competencias asignadas a ella por ley. Estas incluyen el análisis de las solicitudes de sometimiento a la JEP presentadas por miembros de la Fuerza Pública, otros agentes de Estado y terceros; la concesión de beneficios provisionales a estas personas; y la definición de la situación jurídica de todos aquellos comparecientes no seleccionados como máximos responsables por la SRVR o no beneficiados con amnistía o indulto por la Sala de Amnistía o Indulto de la JEP.[51] A estas funciones se añaden otras establecidas por vía jurisprudencial por la Sección de Apelación, todo lo cual complejiza la labor a cargo de la SDSJ y ralentiza la pronta emisión de decisiones.[52]

Legislativo 1 de 2017 y de los artículos 38, 135 y 136 de la Ley 1957 de 2019. La interpretación sistemática de estas normas implica que el Gobierno debe ofrecer planes, programas y proyectos aptos para el cumplimiento masivo de los tratamientos restaurativos de la JEP, así como brindar las respectivas condiciones de seguridad, dignidad humana y seguimiento, garantizar los enfoques diferenciales y territorial, y velar por un tratamiento simétrico, equitativo, simultáneo y diferenciado a los distintos tipos de comparecientes" (Senit 5, párrafo 189). En el mismo sentido, ha explicado que "el artículo 14 de la Lejep le otorga a esta jurisdicción especial la competencia para celebrar convenios con el Ministerio Público y la Unidad para la Atención y Reparación Integral de las Víctimas (Uariv). La dialéctica institucional e interadministrativa debe hacer surgir diferentes modalidades o mecanismos de reparación, adicionales a los que aparecen señalados en el acuerdo. La JEP, mediante convenios interagenciales, debe lograr tener a su disposición una *oferta institucional* de planes, programas o proyectos de restauración a los que se puedan vincular los partícipes no determinantes remitidos por la SRVR, así como los demás comparecientes que evidentemente no serán seleccionados como máximos responsables. En la construcción de los proyectos y planes de restauración deben concurrir los gobiernos territoriales, el sector privado, la cooperación internacional y otros agentes interesados" (Senit 5, párrafo 186).

[50] De conformidad con lo establecido en el artículo 43 del Reglamento General de la JEP, los magistrados o magistradas de la JEP pueden solicitar, voluntariamente, su asignación temporal a una sala o sección distinta a aquella de la cual hacen parte, con miras a satisfacer los objetivos misionales de la JEP. Esta figura ha sido utilizada, principalmente, para permitir que magistrados adscritos a las diferentes secciones del Tribunal para la Paz apoyen las labores de las salas de justicia de la JEP, a través de la denominada movilidad vertical. Sin embargo, esta no ha tenido el impacto de descongestión esperado en las labores de las salas.

[51] Congreso de Colombia, Ley 1957 de 2019, cit., artículos 43 a 61 y 84 a 85.

[52] Pese a ello, con corte a diciembre de 2023, la SDSJ ha resuelto negativamente 3.004 solicitudes de sometimiento a la JEP, lo cual representa las primeras decisiones definitivas adoptadas en toda la JEP, que no corresponden a amnistías e indultos o renuncias a la acción penal. Esto en aplicación de criterios como el juicio de prevalencia jurisdiccional; incumplimiento en materia de aportes de verdad; rechazos *in limine* por el no cumplimiento de los factores de competencia (personal, temporal y material); inadmisiones de incompetencia, principalmente, que son figuras procesales previas a la final de la RPP.

A lo anterior se suma una complejidad adicional, derivada de la inexistencia de un límite temporal definitivo para la presentación de solicitudes de sometimiento a la JEP. En efecto, transcurridos más de seis años desde que la JEP inició su funcionamiento, continúan ingresando nuevas solicitudes de sometimiento que deben ser conocidas, en su gran mayoría, por la SDSJ. Esto le impide a dicha Sala tener claridad respecto del universo de comparecientes, hechos victimizantes y procesos judiciales sobre el cual deberá pronunciarse, lo que repercute de manera negativa en la implementación de procesos de priorización, investigación y acumulación de casos a partir de patrones de macrocriminalidad. Se trata entonces de una situación que ameritaría un pronunciamiento por parte de la Sección de Apelación de la JEP.

Como corolario, aun cuando la SDSJ está obligada a adelantar un proceso dialógico que garantice plenamente los derechos de las víctimas, debe procurar también que los comparecientes inicien las tareas de reparación a su cargo con la mayor celeridad posible, aprovechando al máximo las oportunidades y los recursos dispuestos para tal fin por otras entidades públicas y privadas nacionales, internacionales o extranjeras, y priorizando la vinculación de los comparecientes a proyectos de reparación "institucionales y masivos", pues ello facilita la planeación, estructuración, financiación, ejecución y verificación de estas tareas.[53] En este sentido, la Sección de Apelación ha señalado lo siguiente:

> Debe haber cierto grado de correspondencia mínima entre el daño y la medida de reparación, pero dentro de lo razonable para una justicia con temporalidad limitada como la JEP, que acude a planes, programas y proyectos de reparación masiva para organizar la reparación, maximizar su impacto y facilitar su ejecución. También debe respetarse el derecho a la igualdad y no imponer obligaciones de reparación a los partícipes no determinantes que sean más gravosas que las previstas para los máximos responsables de los patrones macrocriminales asociados.[54]

Con el fin de lograr este balance, la Subsala Catatumbo de la SDSJ ha venido trabajando en la realización de audiencias previas y finales en cuyo marco se busca (i) esclarecer lo ocurrido en cada uno de los hechos victimizantes de su competencia; (ii) generar espacios de reconocimiento de responsabilidad, solicitud de perdón y reconciliación; y (iii) determinar las expectativas de las víctimas y las propuestas de los comparecientes en materia de reparación, con el fin de lograr acuerdos en la materia en forma expedita. Estas audiencias han permitido lograr avances sustanciales en estos asuntos; así, por ejemplo, comparecientes que habían sido previamente renuentes a aportar verdad plena en

---

[53] Esto no implica que los comparecientes no puedan presentar también proyectos individuales o colectivos de reparación, que deben ser valorados por la SDSJ en cada caso para determinar si su implementación resulta viable. Al respecto, JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Senit 5, párrafo 188.

[54] *Ibid*., párrafo 176.

relación con los hechos que se les atribuyen (ya sea porque habían negado su participación o responsabilidad, o porque habían omitido detalles relevantes para la JEP y para las víctimas) lo hicieron en estos escenarios. En el mismo sentido, algunos comparecientes han reconocido su responsabilidad por la comisión de delitos por los que no habían sido siquiera investigados por la justicia ordinaria. Todo ello ha permitido reconstruir la verdad de lo ocurrido, ofreciendo una verdad plena y reparadora a las víctimas que supera ampliamente el umbral de lo esclarecido en sede ordinaria.

Más aún, durante estas audiencias, los comparecientes y las víctimas han tenido la oportunidad de discutir sobre las expectativas de reparación de estas últimas. Esto ha facilitado avanzar en acuerdos sobre las tareas de reparación que los comparecientes deberán realizar, procurando siempre mantener, al tenor de lo dispuesto por la Sección de Apelación, un "manejo colectivo de las obligaciones en materia de reparación de los RCE, en aras de la gestión eficiente y eficaz de dichos regímenes, lo que redundaría en un mayor impacto de las medidas reparadoras o restauradoras en el tejido social afectado por el CANI y una administración razonable de los recursos asignados a la [SDSJ]".[55] A ello se suman los reconocimientos públicos de perdón realizados por los comparecientes durante estas diligencias, los cuales constituyen, en sí mismos, medidas simbólicas de satisfacción que contribuyen a la reparación integral de las víctimas. Es importante destacar que el éxito de estas audiencias ha sido posible gracias a múltiples reuniones previas de preparación, que han contado con la presencia permanente de apoderados, representantes del Ministerio Público y personal de apoyo psicosocial tanto para víctimas como para comparecientes. Los resultados de estas audiencias en materia de verdad, reparación y no repetición permitirán a la Sala proceder a la adopción de decisiones definitivas en relación con la situación jurídica de los comparecientes.

Para concluir este acápite, vale la pena destacar que la JEP, en un esfuerzo encabezado por su Secretaría Ejecutiva, ha venido trabajando en el desarrollo de diferentes líneas restaurativas que buscan responder a los principales tipos de daños causados con ocasión del conflicto armado en Colombia. Así, además de la línea restaurativa en materia de medio ambiente, naturaleza y territorio, de la cual hace parte el proyecto "Restaurándonos", se han planteado líneas restaurativas en materia de infraestructura rural y urbana; reforestación, catastro municipal, memorialización y reparación simbólica; educación, alfabetización y capacitación; y búsqueda de personas dadas por desaparecidas. Adicionalmente, se han planteado líneas restaurativas específicas para daños diferenciales, incluyendo víctimas de violencias basadas en género; víctimas niñas, niños y

[55] JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Senit 5, párrafo 183.

adolescentes; víctimas con discapacidad; y víctimas con pertenencia étnica.[56] Así pues, se pretende desarrollar proyectos de reparación que respondan a cada una de estas líneas restaurativas, pues ello "permitiría avanzar en la superación de las condiciones estructurales que propiciaron y dinamizaron el conflicto armado colombiano e impactaría, de manera más amplia y contundente, el proceso restaurativo a favor de las víctimas".[57]

Conclusiones

Tal y como se anunció, el objeto de este texto es explorar la compatibilidad de la figura de la renuncia condicionada a la persecución penal con los estándares internacionales relativos a la investigación, juzgamiento y sanción de graves violaciones de DD. HH. y del DIH, y los retos de su aplicación en el marco de las actuaciones que cursan ante la JEP.

Para esto, en primer término, se abordó la forma en que diferentes instrumentos y escenarios judiciales han reconocido la infranqueable obligación de administrar justicia en los casos en que resulten lesionados los derechos humanos o las disposiciones del DIH. Con todo, también se mostró que los estándares actuales en la materia reconocen la posibilidad de que los Estados apliquen principios como la priorización de patrones criminales a investigar, y la selección de máximos responsables para concentrar el ejercicio de la acción penal en dichas personas, tal y como lo ha venido haciendo la JEP en Colombia.

En este escenario, la renuncia condicionada a la persecución penal surge como una figura jurídica viable con ostensibles diferencias con la amnistía y el indulto incondicionados, figuras claramente proscritas en el orden internacional para crímenes graves. De esta manera, se explicó que el RCE representa un punto diferenciador esencial que permite la aplicación de la RCPP en el contexto colombiano.

En consecuencia, el RCE se constituye en un reto para imponer un régimen no sancionatorio a partícipes no determinantes involucrados en graves crímenes internacionales, que debe ofrecer, por lo mismo, alto contenido reparador y restaurador para las víctimas y la sociedad colombiana en general. Por lo demás, el suministro de verdad exhaustiva y detallada de los comparecientes será punto esencial de partida para dar tratamiento a este tipo de comparecientes. Aunado a ello, las medidas de dignificación a las víctimas y las garantías de no repetición deben completar el marco que permita al Estado colombiano

[56] JEP, Comité de Articulación de TOAR y Sanciones Propias, Acuerdo 03 de 2021 del Órgano de Gobierno, Reporte y conclusiones sobre la primera fase del plan de trabajo para la implementacion de la línea de proyectos del sistema restaurativo según daños diferenciales y la macrovictimización y propuesta de construcción de líneas restaurativas del sistema restaurativo, 9 de noviembre de 2022.

[57] JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Senit 5, párrafo 179.

resolver la situación jurídica de cerca del 90% de comparecientes que están en la JEP, con altos estándares judiciales que cumplan con las exigencias de los sistemas de justicia internacional; que satisfagan, en buena parte, aunque nunca en todo, las demandas de las víctimas, y que posibiliten, en buen grado, la resocialización de los implicados en tales crímenes, de tal suerte que todo ello redunde en la construcción de un nuevo tejido social y en la base para diluir el surgimiento de nuevos conflictos armados internos en Colombia.

Bibliografía

Arsanjani, Mahnoush, "The International Criminal Court and National Amnesty Laws", *American Society of International Law*, n.° 93, 1999.

Comité Internacional de la Cruz Roja, *Normas consuetudinarias de derecho internacional humanitario*, 2005. Disponible en: https://ihl-databases.icrc.org/en/customary-ihl/v1.

Corte Penal Internacional, The Office of the Prosecutor, *Policy Paper on the Interest of Justice*, septiembre de 2007. Disponible en: https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/ICCOTPInterestsOfJustice.pdf.

Corte Penal Internacional, The Office of the Prosecutor, *Report on the Situation in Colombia,* noviembre 30 de 2023.

Corte Penal Internacional, The Prosecutor v. Katanga, ICC-01/04-01/07-1008-AnxA, *Informal Expert Paper: The Principle of Complementarity in Practice*, 1 de marzo 30 de 2009. Disponible en: https://perma.cc/ZU9X-7G82.

De Souza Dias, Talita, "'Interests of justice': Defining the scope of Prosecutorial discretion in Article 53(1)(c) and (2)(c) of the Rome Statute of the International Criminal Court", *Leiden Journal of International Law*, v. 30, n.° 3, 2017.

Jurisdicción Especial para la Paz, Comité de Articulación de TOAR y Sanciones Propias, Acuerdo 03 de 2021 del Órgano de Gobierno, Reporte y conclusiones sobre la primera fase del plan de trabajo para la implementación de la línea de proyectos del sistema restaurativo según daños diferenciales y la macrovictimización y propuesta de construcción de líneas restaurativas del sistema restaurativo, 9 de noviembre de 2022.

Letsas, George, "Two Concepts of the Margin of Appreciation", *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 26, n.° 4, 2006.

Mena Parras, Francisco Javier, "La Sentencia A, B y C contra Irlanda y la cuestión del aborto ¿Un 'punto de inflexión' en la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos en materia de consenso y margen de apreciación nacional?", *Anuario de Derechos Humanos de la Universidad de Chile,* 2012.

Minow, Martha, "Do Alternative Justice Mechanisms Deserve Recognition in International Criminal Law: Truth Commissions, Amnesties, and Complementarity at the International Criminal Court", *Harvard International Law Journal* v. 60, n.° 1, 2019.

Nash Rojas, Claudio, "La doctrina del margen nacional de apreciación y su nula recepción en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", *Anuario Colombiano de Derecho Internacional,* v. 11, 2018.

Nigro, Raffaella, "The Margin of Appreciation Doctrine and the Case-law of the European Court of Human Rights on the Islamic Veil", *Human Rights Review,* n.° 11, 2010.

Robinson, Darryl, "Serving the Interests of Justice: Amnesties, Truth Commissions and the International Criminal Court", *European Journal of International Law,* n.° 14, 2003.

Jurisprudencia

Corte Constitucional, Sentencia C-579 de 28 de agosto de 2013, M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Corte Constitucional, Sentencia C-674 de 14 de noviembre de 2017, M. P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

Corte Constitucional, Sentencia C-007 de 1 de marzo de 2018, M. P. Diana Fajardo Rivera.

Corte Constitucional, Sentencia C-080 de 15 de agosto de 2018, M. P. Antonio José Lizarazo Ocampo.

Corte IDH, Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, Sentencia de 29 de julio de 1988, Fondo, Serie C, n.° 4.

Corte IDH, Caso Juan Humberto Sánchez vs. Honduras, Sentencia de 7 de junio de 2003, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, n.° 99.

Corte IDH, Caso de las Masacres del Mozote y Lugares Aledaños vs. El Salvador, Sentencia de 25 de octubre de 2012, Serie C, n.° 252.

Corte IDH, Caso Gutiérrez Hernández y otros vs. Guatemala, Sentencia de 24 de agosto de 2017, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, n.° 339.

Corte IDH, Caso Vereda La Esperanza vs. Colombia, Sentencia de 31 de agosto de 2017, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, n.° 341.

Corte IDH, Caso Integrantes y Militantes de la Unión Patriótica vs. Colombia, Sentencia de 27 de julio de 2022, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, n.° 455.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia SP374-2018 de 21 de febrero de 2018, M. P. Patricia Salazar Cuéllar.

Jurisdicción Especial para la Paz - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 598 de 2020.

Jurisdicción Especial para la Paz - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Sentencia Interpretativa TP-SA-Senit 1 de 3 de abril de 2019.

Jurisdicción Especial para la Paz - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Sentencia Interpretativa TP-SA-Senit 5 de 17 de mayo de 2023.

Jurisdicción Especial para la Paz - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Sentencia TP-SA-RPP 230 de 2021.

Special Court for Sierra Leone, Case of Prosecutor v. Gbao, Decision n.° SCSL-04-15-PT-141, Appeals Chamber, Decision on Preliminary Motion on the Invalidity of the Agreement between the United Nations and the Government of Sierra Leone on the Establishment of the Special Court, 25 de mayo de 2004.

Special Court for Sierra Leone, Case of Prosecutor v. Sesay, Kallon and Gbao, Case n.° SCSL-04-15-T, Trial Chamber, Sentencia de 25 de febrero de 2009.

Special Court for Sierra Leone, Case of Prosecutor v. Sesay, Kallon and Gbao, Case n.° SCSL-04-15-T, Trial Chamber, Sentencia de 8 de abril de 2009.

Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, Case of Prosecutor v. Furundžija, Case n.° IT-95-17/1-T, Sentencia de 10 de diciembre de 1998.

13

La competencia personal en la Jurisdicción Especial para la Paz. Evolución de las reglas para aceptar sometimiento

‹**PEDRO ELÍAS DÍAZ ROMERO**› Magistrado de la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas
‹**CAMILO ALFREDO LÓPEZ DELGADO**› Profesional especializado Grado 33 de la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas

Resumen: El juez natural, y la competencia que de este se deriva para las autoridades de la administración de justicia, constituye una regla primordial para asegurar las garantías fundamentales de la ciudadanía y el correcto funcionamiento de dicha función estatal. No obstante, y pese a que estos preceptos son tradicionalmente, en materialización del principio de legalidad, previos a los hechos objeto de juzgamiento y estáticos a futuro, salvo que el legislativo determine lo contrario, la justicia transicional representa un escenario distinto al tratarse de un *juez excepcional*, permitiendo así que sus parámetros de competencia sean progresivos y cambiantes, conforme se revelan las dinámicas del conflicto armado interno. El presente escrito expone, a través de algunas decisiones de la Sección de Apelación del Tribunal para la Paz, cómo la competencia personal de la Jurisdicción Especial para la Paz ha ido variando desde su creación, fijando subreglas que deben ser atendidas por el juez transicional a la hora de definir quiénes están habilitados para someterse a ella y acceder a los beneficios que contempla, observando así el cumplimiento de los objetivos transicionales, y potencializando la verdad y las garantías de no repetición.

Palabras clave: juez natural; competencia; agente del Estado; Fuerza Pública; DAS.

Abstract: The natural judge and the competence judicial authorities derive from it constitute an essential rule to ensure the citizenry's fundamental guarantees and the correct functioning of this state function. However, and although these precepts are traditionally, in materialization of the principle of legality, prior to the facts subject to judgment and static into the future unless the legislature so determines, transitional justice represents a different scenario as it is a "unique judge," thus allowing its competence parameters to be progressive and changing, as the dynamics of the internal armed conflict are revealed. This document seeks to show through some decisions of the Appeals Section of the Peace Tribunal, how the personal competence of the Special Jurisdiction for Peace has been varying since its creation, establishing sub-rules that must be taken into account by the transitional judge when defining who is eligible to be accepted by it and access the benefits it provides, therefore observing the fulfillment of the transitional objectives, and bolstering the truth and guarantees of non-repetition.

Keywords: Natural judge, competence, state agent, public force, DAS.

VOLVER A TABLA DE CONTENIDO

Introducción

La garantía del juez natural como principio fundamental del debido proceso se materializa en el acceso a la justicia,[1] que implica "la posibilidad de que cualquier persona solicite a los jueces competentes la protección o el restablecimiento de los derechos que consagran la Constitución y la ley".[2] Así, el aparato estatal en su esfera judicial[3] debe estar organizado y determinado previamente, de manera tal que, ante un reclamo de intervención legal, exista disposición de un juez o tribunal, junto con una vía o actuación procesal con formas propias que atienda tal interés, y propenda hacia una solución efectiva del problema que se demanda resolver.

Para el efecto, el artículo 29 constitucional establece en su tenor literal: "Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio", dando así contenido al principio de legalidad como rector, en aras de evitar las arbitrariedades estatales que en el ejercicio de la función judicial se puedan presentar, incluso en contra de la justicia como valor y estándar del ser humano.[4] Esta garantía, que además cuenta con un soporte en los tratados internacionales de derechos humanos suscritos por Colombia (artículo 8.1. de la Convención Americana de Derechos Humanos y el artículo 14.1. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), se relaciona con un aspecto esencial para hacer efectiva la administración de justicia al momento de activar el ordenamiento legal ante un determinado asunto, cual es la competencia.

Procesalmente, esta debe ser entendida como una especialidad relacionada principalmente –aunque no en forma exclusiva–[5] con la naturaleza de la

---

1 Constitución Política de Colombia, 1991, artículos 29 y 229. El juez natural "constituye una de las garantías básicas que, junto al complejo del derecho de defensa y el principio de legalidad, definen el debido proceso" (Corte Constitucional, Sentencia SU-1184 de 2001, M. P. Eduardo Montealegre Lynett).

2 Corte Constitucional, Sentencia C-037 de 1996, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa.

3 Constitución Política, 1991, artículo 113: "Son Ramas del Poder Público la legislativa, la ejecutiva y la judicial".

4 "Desde la antigüedad, la justicia ha venido entendiéndose como una virtud ética del hombre equivalente a la bondad o el Bien, al buen comportamiento del ser humano para con sus semejantes" (Óscar Buenaga Ceballos, *El concepto de justicia*, Madrid, Dykinson S. L., 2017, p. 23).

5 Por cuanto la competencia puede responder a otros factores como el territorio, la cuantía de un litigio monetario, la conducta a juzgar, entre otros. Al respecto, la Corte Constitucional, en Sentencia C-328 de 2015, advirtió: "Los criterios o factores de competencia tienen como objetivo fundamental, definir cuál va a ser la autoridad judicial, juez o tribunal, que va a conocer, tramitar y decidir, con preferencia o exclusión de las demás, un determinado asunto que ha sido puesto en conocimiento de la administración de justicia. En este contexto, de manera regular, la competencia se fija de acuerdo con los siguientes criterios o factores: (i) la naturaleza o materia del proceso y la cuantía (factor objetivo); (ii) la calidad o condiciones especiales de las partes que concurren al proceso (factor subjetivo); (iii) la naturaleza de la función que desempeña la autoridad que tiene a su cargo la definición y resolución del proceso (factor funcional); (iv) el lugar o foro donde debe

reclamación que se presenta a consideración de los operadores judiciales, y la predeterminación legal que para su conocimiento y trámite se ha atribuido a las autoridades instituidas para tal efecto.

La Corte Constitucional ha señalado que la competencia es "la porción, la cantidad, la medida o el grado de la jurisdicción que corresponde a cada juez o tribunal, mediante la determinación de los asuntos que le corresponde conocer, atendidos determinados factores (materia, cuantía, lugar, etc.)".[6] A partir de esta definición se encuentran tres características principales: i) estar definida por la ley como consecuencia de la libertad de configuración del Poder Legislativo, pues se trata de un presupuesto de orden público que, entre otras, asegura la prevalencia del interés general[7] y, por ende, es de relevancia constitucional para los fines del Estado social de derecho;[8] ii) ser inmodificable, una vez se ha puesto en funcionamiento para un caso específico, salvo que un pronunciamiento judicial así lo establezca o exista mérito para hacerlo en procura de dichos intereses generales; y iii) ostentar el carácter imperativo o vinculante, tratándose de una premisa de obligatorio cumplimiento para las autoridades del país, quienes además están conminadas a asegurar en el ejercicio de sus funciones el respeto de las garantías judiciales de las partes y de la sociedad en condiciones de imparcialidad, idoneidad, autonomía e independencia, con una única sujeción al imperio de la ley.[9]

Entonces, la garantía del juez natural se erige como un precepto de contenido doble, pues, por un lado, permite garantizar a quien se somete a una actuación judicial de cualquier índole que su asunto, reclamo, caso o demanda sea conocida por quien legalmente es el competente para ello y, por otro lado, impide que las autoridades alteren el funcionamiento de la administración de justicia, respondiendo por su actuar bajo estándares mínimos que aseguren su materialización y efectiva puesta en práctica.[10]

No obstante, en un país cuya realidad jurídica ha ido variando casi a la par con los distintos momentos históricos que este ha transitado, no resulta extraño que los conceptos de 'juez natural' y 'competencia' para la resolución de los conflictos judiciales se hayan tenido que adaptar a tales cambios, procurando siempre dar una respuesta institucional acertada a las nuevas circunstancias en que la sociedad colombiana se desenvuelve, y a las reclamaciones que a partir

---

tramitarse y desarrollarse el proceso (factor territorial); y (v) la competencia previamente determinada para otro proceso, lo que permite que un proceso asignado a un juez absorba los otros asuntos que con relación a un tema específico puedan ser promovidos con posterioridad (factor de conexidad o de atracción)".

6 Corte Constitucional, Sentencia C-040 de 1997, M. P. Antonio Barrera Carbonell.

7 Corte Constitucional, Sentencia C-328 de 2015, M. P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

8 Constitución Política, 1991, artículo 1.

9 Corte Constitucional, Sentencia C-496 de 2015, M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

10 Corte Constitucional, Sentencia C-328 de 2015, cit.

de ello y en ejercicio de sus derechos presentan los interesados, todo respetando la autonomía e independencia judicial.[11] Bajo esta premisa, para cumplir con el Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable, suscrito entre el Gobierno nacional y las FARC-EP en 2016, el Estado colombiano estableció un sistema de justicia especial de carácter transicional que se constitucionalizó en el Acto Legislativo 01 de 2017.

Una de estas manifestaciones corresponde, por ejemplo, al establecimiento de los 'jueces especiales' o 'jueces extraordinarios', creados en forma específica para atender determinados asuntos. Al respecto, en su momento, en el salvamento de voto a la Sentencia C-200 de 2002, el magistrado Álvaro Tafur Galvis advirtió que si bien estos se encuentran proscritos en el ordenamiento jurídico nacional, "de tal manera, que no me pueden crear un juez *ad hoc* para que me juzgue después de cometido el delito", pueden existir también aquellos que son de carácter extraordinario, establecidos con finalidades específicas; esto es, "órganos jurisdiccionales creados para juzgar una determinada controversia con posterioridad al surgimiento de ésta o la ocurrencia de los hechos".

En el contexto del conflicto armado interno que ha tenido una duración de casi seis décadas y en el que se han producido graves y masivas violaciones de los derechos humanos y del DIH, con un número desbordado de víctimas que reclaman justicia y una sociedad que requiere la reconciliación para superar ciclos reiterados y crecientes de violencia, se ha acudido a procesos de justicia transicional con los que *el Estado pretende responder al reto que permita la consolidación de la paz y la superación del enfrentamiento*, lo que constituye no solo uno de sus fines esenciales,[12] sino también un derecho que debe ser garantizado en favor de la ciudadanía.[13] Por ello, es una obligación de la institucionalidad dar respuestas claras y formar caminos acertados para su obtención.

En Colombia, a través de los modelos de justicia transicional, se ha intentado establecer procedimientos adecuados para labrar la construcción de la paz, pues su naturaleza implica necesariamente que estos sean entendidos como "un sistema especial de justicia que busca dejar atrás un periodo de conflicto que además representó violaciones de derechos humanos masivas o sistemáticas, de tal magnitud y gravedad que no pudieron ser resueltas en la justicia ordinaria con una respuesta adecuada a la naturaleza de estos crímenes",[14] que facilite el tránsito hacia la paz y la cimentación de valores a futuro.[15]

---

[11] Corte Constitucional, Sentencia C-674 de 2017, M. P. Luis Guillermo Guerrero Pérez, párrafo 5.2.3.2.4.

[12] Constitución Política, 1991, artículo 2.

[13] Constitución Política, 1991, artículo 22.

[14] JEP - Sala de Definición de Situaciones Jurídicas, Resolución 3198 de 25 de septiembre de 2023, p. 6, c. 5.

[15] "El logro de una paz estable y duradera que sustraiga al país del conflicto por medio de la desmovilización de los grupos armados al margen de la ley puede pasar por ciertas restricciones al

En esta línea, no cabe duda de que este arreglo de justicia se realiza, entre otras cosas, por "jueces especiales o extraordinarios", creados para el cumplimiento de un rol específico de administración de justicia, que consiste en resolver el legado de violaciones de los derechos humanos y del DIH en el marco del conflicto.[16] Sin embargo, por la naturaleza de los delitos cometidos, crímenes internacionales,[17] el proceso judicial al que se debe acudir no es el tradicional penal adversarial y contencioso, sino más bien el transicional, como se advierte en la búsqueda de la paz estable y duradera, al que se le dotó de herramientas, a partir de una definición constitucional del marco jurídico para la paz, en el Acto Legislativo 01 de 2012.[18]

En la actualidad, Colombia cuenta con dos modelos de justicia transicional, consecuencia de los acuerdos de paz llevados a cabo entre los gobiernos de turno con los grupos paramilitares o Autodefensas Unidas de Colombia (AUC) en el año 2005, y con la guerrilla de las FARC-EP, el 24 de noviembre de 2016.

Ambos sistemas se crearon con pautas que desarrollaron sus propias competencias frente a los actores armados que intervinieron en el conflicto, postulados de las AUC y comparecientes FARC-EP, miembros de Fuerza Pública, agentes del Estado no integrantes de Fuerza Pública y terceros, respectivamente. A la vez, estos sistemas de justicia no interfieren con el mandato de las autoridades judiciales ordinarias o permanentes. En el caso de la JEP, se limitó el conocimiento de los hechos a partir de la competencia prevalente: "El componente de justicia del SIVJRNR, conforme a lo establecido en el Acuerdo Final, prevalecerá sobre las actuaciones penales, disciplinarias o administrativas por conductas cometidas con ocasión, por causa o en relación directa o

---

valor objetivo de la justicia y al derecho correlativo de las víctimas a la justicia, puesto que, de lo contrario, por la situación fáctica y jurídica de quienes han tomado parte en el conflicto, la paz sería un ideal inalcanzable. Se trata de una decisión política y práctica del Legislador, que se orienta hacia el logro de un valor constitucional. En ese sentido, la Ley 975 de 2005 es un desarrollo de la Constitución de 1991. Pero la paz no lo justifica todo. Al valor de la paz no se le puede conferir un alcance absoluto, ya que también es necesario garantizar la materialización del contenido esencial del valor de la justicia y del derecho de las víctimas a la justicia, así como los demás derechos de las víctimas, a pesar de las limitaciones legítimas que a ellos se impongan para poner fin al conflicto armado" (Corte Constitucional, Sentencia C-370 de 2006, MM. PP. Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Álvaro Tafur Galvis y Clara Inés Vargas Hernández).

[16] "Mediante una ley estatutaria se establecerán instrumentos de justicia transicional de carácter judicial o extrajudicial que permitan garantizar los deberes estatales de investigación y sanción. En cualquier caso se aplicarán mecanismos de carácter extrajudicial para el esclarecimiento de la verdad y la reparación de las víctimas" (Congreso de la República, Acto Legislativo 01 de 2012, *Diario Oficial* 48.508 de 31 de julio de 2012, artículo 66 transitorio, parágrafo 2).

[17] Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, A/CONF.183/9, de 17 de julio de 1998, artículos 7 y 8.

[18] "Por medio del cual se establecen instrumentos jurídicos de justicia transicional en el marco del artículo 22 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones".

indirecta con el conflicto armado, al absorber la competencia exclusiva sobre dichas conductas".[19]

Así, la competencia de la JEP sobre los hechos que debe conocer y juzgar radica en que hayan sido cometidos antes del 1º de diciembre de 2016 (factor temporal); que se hayan realizado por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado, o sucesos delictivos perpetrados en disturbios públicos o en la protesta social y los delitos comunes conexos con los anteriores (factor material); y que además hayan sido cometidos por los actores del conflicto, miembros de la FARC-EP, Fuerza Pública, agentes de Estado no integrantes de la Fuerza Pública y terceros, factor personal que, junto a los anteriores, deben concurrir temporalmente.[20]

En el ejercicio de interpretar el alcance de la competencia, la Sección de Apelación ha señalado que la JEP tiene la obligación de "conocer de la mayor cantidad de hechos que se hayan presentado en [el marco del conflicto] dadas su complejidad y extensión",[21] aclarando que ello no se traduce en una carta en blanco para hacer caso omiso a los límites constitucional y legalmente establecidos para tal efecto,[22] pues, aunque la competencia de la JEP "debe ser interpretada de la forma más amplia posible por tratarse de una justicia transicional que tiene el propósito de buscar la verdad, no por ello puede avocar conocimiento sobre asuntos propios de otras jurisdicciones, particularmente cuando se trata de personas *respecto de las cuales la norma jurídica no le atribuyó competencia alguna*"[23] (énfasis agregado).

Este enfoque *holístico* parte de una apreciación amplia y comprehensiva del conflicto,[24] de forma que los objetivos para los cuales fue creada la Jurisdicción Especial encuentren su respuesta más efectiva y acertada, "a fin de maximizar la labor de esclarecimiento de la verdad plena y la consecuente restauración de los derechos de las víctimas".[25]

Para ello, en el examen de los elementos que inciden en determinar la competencia material a partir del Acto Legislativo 01 de 2017, se ha señalado que en la conexidad de las conductas con el conflicto armado cometidas por miembros de la Fuerza Pública, se debe tener en cuenta la condición de "garantes de

[19] Congreso de la República, Acto Legislativo 01 de 2017, *Diario Oficial* 50.196 de 4 de abril de 2017, artículo 6 transitorio.

[20] *Ibid*., artículo 5 transitorio; JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, autos TP-SA 935 y 971 de 2021.

[21] JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 019 de 2018, párrafo 11.17.

[22] JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 057 de 2018, párrafo 22.

[23] *Ibid*., párrafo 23.

[24] Al respecto, ver Corte Constitucional, Sentencia C-007 de 2018, M. P. Diana Fajardo Rivera; JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 020 de 2018, párrafo 22.1.

[25] JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 237 de 2019, párrafo 15.

derechos"[26] y ejecutores del "monopolio legítimo de las armas".[27] Adicionalmente, y entendiendo el contexto del conflicto armado interno, se debe evaluar el móvil perseguido por el actor, advirtiendo que, en caso de que este sea de carácter netamente monetario o económico, el asunto se encuentra excluido del ámbito de competencia material de la JEP,[28] siempre y cuando este haya sido el factor determinante para su comisión.[29]

Una interpretación similar se materializa al definir la competencia temporal. Si bien se tiene certeza de que la JEP puede conocer de aquellos hechos relacionados con el conflicto armado que hayan ocurrido antes del 1 de diciembre de 2016, el artículo transitorio 5 del mencionado Acto Legislativo aclaró un aspecto previamente establecido en el Acuerdo Final de Paz para así admitir que,[30] excepcionalmente, esta instancia judicial también podía conocer sobre conductas acaecidas durante el proceso de dejación de las armas de las FARC-EP,[31] ampliando el límite temporal para aquellos delitos denominados, desde la dogmática penal,[32] como de ejecución permanente,[33] siempre que sus efectos no hubiesen cesado antes de esa fecha.[34]

No obstante, ninguno de los factores de competencia ha experimentado tantos desarrollos ni cambios como aquel relacionado con las calidades habilitadas para comparecer ante la JEP. A partir de la jurisprudencia de la Sección de Apelación del Tribunal para la Paz, y de la aplicación que de esta ha hecho

---

26 Corte Constitucional, Sentencia C-007 de 2018, cit.

27 JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 237 de 2019, párrafo 12.

28 Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera, Colombia, 24 de noviembre de 2016, punto 5.1.2, Consideración 32; Acto Legislativo 01 de 2017, cit., artículos transitorios 17 y 23.

29 "El análisis competencial material comprende tres niveles escalonados, que responden a las siguientes preguntas: (i) ¿el delito fue perpetrado por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado? Si fue así, (ii) ¿se realizó con el ánimo de obtener enriquecimiento personal ilícito? Y, si la respuesta es positiva, (iii) ¿este ánimo fue la causa determinante para la comisión de la conducta?" (JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 068 de 2018, párrafo 7).

30 Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera, punto 5.1.2, párrafo 34.

31 De conformidad con los artículos 3 y 18 de la Ley 1820 de 2016, tratándose de integrantes y colaboradores de las FARC-EP, la competencia temporal de la JEP abarca las "conductas estrechamente vinculadas al proceso de dejación de armas" (JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 273 de 2019).

32 Giussepe Maggiore, *Derecho penal*, Bogotá, Editorial Temis, v. I, 1954, p. 295.

33 Sobre los delitos de ejecución permanente, cabe recordar que estos constan de acciones que "no se agotan en un mismo acto, dado el carácter permanente de su ejecución, [ni] merecen un reproche penal independiente sino una valoración al momento de ponderar la intensidad de la lesión al bien jurídico; esto, para evitar que desde el punto de vista ontológico se disgregue la acción, el sentido y la teleología de la conducta, por fuera del contexto histórico en el cual el comportamiento se expresa" (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia SP3240-2015 (36828) de 18 de marzo de 2015, M. P. Eyder Patiño Cabrera).

34 *Ibid*., inciso 3.

la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas, se han consolidado distintas reglas que han permitido el sometimiento de personas relacionadas con el conflicto, que en una lectura exegética del Acuerdo Final para la Paz y el Acto Legislativo 01 de 2017 pueden resultar inadmisibles.

En la Sentencia C-007 de 2018, al evaluar la constitucionalidad de la Ley 1820 de 2016 "Por medio de la cual se dictan disposiciones sobre amnistía, indulto y tratamientos especiales y otras disposiciones", la Corte delimitó en forma clara las calidades habilitadas para ingresar a la JEP y así obtener los beneficios penales especiales que este Sistema consagra en las siguientes categorías: i) los exmiembros de las FARC-EP; ii) los agentes del Estado miembros de la Fuerza Pública; iii) los agentes del Estado distintos a los integrantes de la Fuerza Pública; iv) los terceros que tuvieron participación en el conflicto (colaboradores o financiadores); y v) las personas que incurrieron en conductas punibles ocurridas en el ámbito de protestas sociales o en disturbios públicos.

En principio, solo quienes se relacionaron anteriormente eran destinatarios de la JEP, siempre y cuando las conductas delictivas por las que pretendieran someterse a esta hubiesen sido cometidas por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado, y que además hubieran ocurrido antes del 1° de diciembre de 2016. Lo anterior constituye un todo inescindible que deber ser evaluado por el juez transicional en el momento de tomar su determinación frente al ingreso de una persona a este Sistema Integral, sin que bajo ninguna óptica se permita el sometimiento de los miembros de "otras estructuras armadas organizadas al margen de la ley".[35]

Una conclusión similar se implementó sobre los exmiembros de los grupos paramilitares o de autodefensas, aceptándose que si bien se trató de una estructura criminal que hizo presencia en la confrontación nacional y que además podía calificarse como un grupo armado organizado en los términos establecidos en el artículo 1 del Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra,[36] existían varias razones para impedir su ingreso a la JEP, como la existencia de un procedimiento judicial de índole transicional previo que se estableció en forma exclusiva para sus desmovilizados en la Ley 975 de 2005 o Ley de Justicia y Paz,[37] y la naturaleza "no rebelde" de dichos grupos, bajo la noción de que su propósito no era el derrocamiento del orden constitucional, ni alcanzar un orden político diferente.[38]

---

[35] Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, AP5205-2017, Radicado 50690, 9 de agosto de 2017, M. P. Luis Antonio Hernández Barbosa.

[36] JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 057 de 2018, párrafo 47.

[37] Su creación es consecuencia de la firma del Acuerdo de Santa Fe de Ralito para Contribuir a la Paz de Colombia, el 15 de julio de 2003.

[38] JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 057 de 2018, párrafos 33, 34 y 35.

En esta línea, se construyó una regla de exclusión que operaba casi en forma inmediata en todos aquellos casos en que se decidiera el sometimiento a la JEP y la concesión de beneficios especiales en favor de quienes hicieron parte de grupos de autodefensas, y se estableció así que "la Constitución y la ley restringen de forma absoluta la comparecencia de paramilitares, al menos en su calidad de individuos armados".[39]

Sin embargo, es en la parte final de la conclusión transcrita donde se encuentra la primera subregla para ampliar la competencia personal de la JEP en lo que se refiere a miembros de grupos paramilitares, pues la jurisprudencia del órgano de cierre de esta Jurisdicción estableció que la comparecencia de quienes fueron miembros de dichas estructuras armadas podía darse en una vertiente distinta a la de personas alzadas en armas, cuyo interés "era el de, entre otros, combatir a los grupos insurgentes, de forma ilegal, mediante el uso de la fuerza, ante la alegada inacción del Estado e, incluso, en algunos eventos, con su complicidad".[40]

Así, la Sección de Apelación estableció: "Bien puede ser que existan circunstancias que justifiquen excepcionalmente una interpretación más amplia de la competencia de la JEP, en los eventos en que el interés superior de las víctimas, especialmente el de obtener verdad, así lo exija".[41] Una de estas excepciones es el caso de aquellas personas que, siendo miembros de un grupo paramilitar y teniendo en cierto momento el estatus de combatientes por hacer parte de dicha organización criminal, ostentaron antes o después de ello la calidad de terceros civiles, y desempeñaron así "un rol indirecto, consistente en apoyar el esfuerzo general de guerra a favor de cualquiera de las organizaciones bélicas, incluyendo de forma explícita a agrupaciones paramilitares –participación indirecta".[42]

Este escenario fue abordado en forma más clara cuando se advirtió como posibilidad válida "que la JEP conozca de las conductas relacionadas con la financiación, promoción, auspicio o colaboración con estas agrupaciones [paramilitares] por medio de la judicialización de quienes empezaron su involucramiento de manera marginal o plena como terceros civiles y luego mutaron a ser sus integrantes".[43] Esta conclusión obedece al interés que tiene este Sistema por satisfacer en el más alto nivel los derechos de las víctimas y la sociedad en general, especialmente el de la verdad plena, la reconstrucción de la memoria histórica del país y la no repetición de la barbarie.

Y es que en una comprensión más amplia y evolutiva de lo que el conflicto significó en Colombia y de los distintos escenarios de batalla en que tuvo lugar,

---

39 JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 199 de 2019, párrafo 16.
40 JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 057 de 2018, párrafo 36.
41 *Ibid*., párrafo 68.
42 JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 199 de 2019, párrafo 18.
43 JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 103 de 2019, párrafo 40.

resulta innegable que el mismo trascendió la esfera de lo armado para convertirse también en un conflicto de carácter "político y social". Entonces, es un deber de esta Jurisdicción aprovechar sus recursos para desentrañar todo aquello que los esfuerzos de justicia institucionales anteriores dejaron a un lado, como el caso de las redes criminales de apoyo que conformaron todas aquellas personas que "desde sus órbitas de poder, contribuyeron al surgimiento, al escalamiento y a la prolongación del conflicto".[44]

Así, se abrió una posibilidad de entrada excepcional para algunos de los paramilitares que pretendían ingresar a la JEP, bajo la calidad de terceros, como una sombrilla que erróneamente se entendía cobijaba a todos los actores del conflicto, limitando su ingreso a aquellas conductas en las que hubiese ostentado este último rol de colaboración, manteniendo la prohibición de extender el amparo de este Sistema al actuar delictivo de otras estructuras armadas, aplicando para ello una tesis que supone "un ejercicio de ponderación guiado por la finalidad de obtener el mayor esclarecimiento posible de los fenómenos relacionados con la financiación y la colaboración con el paramilitarismo y otros actores armados".[45]

En el caso de los terceros civiles no combatientes, la normativa transicional ha precisado que corresponde a aquellas personas que no formaron parte de las organizaciones o grupos armados.[46] Para ellos, su sometimiento a la JEP por haber contribuido de manera directa o indirecta con conductas relacionadas con el conflicto armado no internacional[47] tiene el carácter de voluntario,[48] pero está condicionado a la presentación inicial de unos compromisos de aporte de verdad plena, a la reparación y a las garantías de no repetición que sean aceptables a un nivel de baja intensidad. Por el contrario, para los comparecientes forzosos, si bien deben comprometerse a reparar a las víctimas, ello no es determinante para su aceptación en la JEP.[49]

En este desarrollo, por ejemplo, la Sección de Apelación ha interpretado que a partir de decisiones de la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas, poseen tal calidad los reclutadores o intervinientes en ejecuciones extrajudiciales que conseguían y entregaban información a miembros de la Fuerza Pública y de los organismos de seguridad para realizar operativos contra integrantes de la guerrilla o que "reclutaban" a personas –en algunas ocasiones con nexos con la criminalidad común– para convertirlas en víctimas que ejecutaban y

[44] JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 019 de 2018, párrafo 6.27.
[45] JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 859 de 2021, párrafo 10.5.
[46] Acto Legislativo 01 de 2017, cit., artículo 16 transitorio; Congreso de Colombia, Ley 1957 de 2019, *Diario Oficial* 50.976 de 6 de junio de 2019, artículo 63.4.
[47] JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 144 de 2019, párrafo 26.
[48] Corte Constitucional, Sentencia C-674 de 2017, cit., párrafo 5.5.2.11.
[49] JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 021 de 2018, párrafos 50 y 51.

reportaban como dadas de baja en aparentes enfrentamientos.[50] En esta línea, la Sección sostuvo que estos auxiliadores no deberían ser parte de organizaciones o grupos armados con estructura de mando responsable, dominio territorial y capacidad para aplicar el DIH en el marco de acciones militares, y que siempre están en la obligación de hacer aportes significativos de verdad que permitan esclarecer circunstancias precisas de estos hechos.[51]

Un tercer desarrollo puede encontrarse en la tesis de los integrantes *de facto* de las Fuerzas Militares, aplicable en aquellos asuntos en los que personas que no hacían parte de cuerpos armados del Estado –en los términos que establecen los artículos 217 y 218 de la Constitución Política–, en su calidad de servidores públicos, prestaron una "contribución orgánica" y activa para el esfuerzo de guerra, bien sea de manera frecuente u ocasional.

Esta categoría se desarrolló inicialmente para quienes solicitaban su ingreso a la JEP como miembros de un "cuerpo civil dotado con armamento para cooperar en el mantenimiento del orden público",[52] como fue el Departamento Administrativo de Seguridad (DAS),[53] instituido desde el Decreto 1717 de 1969 como "la agencia de orden nacional encargada de realizar labores de inteligencia y contrainteligencia para preservar la seguridad y defensa del Estado colombiano",[54] vigente hasta el año 2011.[55]

Durante este tiempo, las dinámicas propias de la confrontación llevaron a que el DAS se inmiscuyera y participara activamente en su desarrollo desde la institucionalidad, especialmente durante primera la década del presente siglo con la expedición de la Política de Defensa y Seguridad Democrática del gobierno del expresidente Álvaro Uribe,[56] forjando así una relación de apoyo interinstitucional con otras autoridades nacionales, incluidas las Fuerzas Militares,

---

[50] JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, autos TP-SA 1179 y 1182 de 2022.

[51] JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 1179 de 2022, párrafo 75.

[52] JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 913 de 2021, párrafo 19.

[53] "… un miembro de un cuerpo civil armado, como es el caso del DAS, puede ser considerado, *de facto* o *de iure*, integrante o colaborador de la fuerza pública. En efecto, el desaparecido DAS no era parte de la fuerza pública ni pertenecía orgánicamente al Ministerio de Defensa, sino que su misión institucional consistía en cumplir labores de policía judicial y protección de la seguridad pública y el régimen constitucional" (*Ibid*., párrafo 23).

[54] JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 1179 de 2022, párrafo 42.

[55] Presidencia de la República de Colombia, Decreto 4057 de 2011, *Diario Oficial* 48.239 de 31 de octubre de 2011. En su lugar, el Decreto 4179 de 2011 creó la Dirección Nacional de Inteligencia (DNI).

[56] "Este contexto favoreció –como se verá más adelante– que el DAS participara directa e indirectamente en el conflicto armado interno y que algunos de sus agentes asumieran de hecho la función de la Fuerza Pública al intervenir de manera conjunta con ella en operaciones militares, o contribuyeran a su planeación, desarrollo y legalización. Esta realidad fáctica impone analizar si los miembros del DAS pueden ser admitidos a la JEP en una calidad distinta a la que formalmente ostentan, que es la AENIFPU" (JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 1182 de 2022, párrafo 22).

que buscaba que los esfuerzos por desmantelar las estructuras "terroristas y de criminalidad organizada" fuesen exitosos.[57]

A consecuencia de lo anterior, integrantes de la mencionada institución resultaron comprometidos en hechos relacionados con el conflicto, como las ejecuciones extrajudiciales ocurridas en el Casanare durante los años 2006 y 2007, las cuales fueron el resultado de "operaciones conjuntas realizadas entre el DAS y la Brigada XVI del Ejército Nacional".[58] Así, se logró evidenciar que "algunos miembros del antiguo DAS, entidad encargada de cooperar con el mantenimiento del orden público, además de haber participado directa o indirectamente en el conflicto armado no internacional, hayan actuado *de facto* o *de iure* como miembros de la fuerza pública".[59]

A partir de ello, la comparecencia ante la JEP en sus esferas obligatoria y voluntaria[60] sufrió un cambio en cuanto a los estándares que se deben acreditar en este tipo de asuntos,[61] concluyéndose que cuando se trata de un integrante *de facto* de la Fuerza Pública, el compareciente debía ser tratado como uno de carácter obligatorio, pudiendo así acceder a los beneficios que este Sistema Integral contempla, con la acreditación de los factores competenciales para ello establecidos.[62]

---

[57] Presidencia de la República, Ministerio de Defensa Nacional, *Política de Defensa y Seguridad Democrática*, 2003.

[58] JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 1179 de 2022, párrafo 54.

[59] *Ibid*., párrafo 57.

[60] "En suma, la comparecencia ante la JEP se encuentra hoy segmentada en dos modalidades. Por un lado, puede darse el sometimiento obligatorio. Este es integral, irreversible, irrestricto y se predica de las exintegrantes de las FARC-EP y de los miembros de la Fuerza Pública. Por otro lado, figura el sometimiento voluntario. Este aplica a AENIFPU y terceros, incluyendo los que participaron en la protesta social o disturbios públicos" (JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 019 de 2018, párrafo 7.17).

[61] "La admisión de los comparecientes forzosos no está sometida a ninguna condición adicional a la observancia de los factores de competencia, lo cual no significa que la persona pueda rehuir al cumplimiento de los fines del sistema de justicia transicional. La renuencia habilita a las salas y secciones a adelantar juicio de prevalencia jurisdiccional, esto es, un examen preliminar de la seriedad y consistencia del compromiso asumido por el interesado con los fines del SIVJRNR, en especial, con el deber de aporte a la verdad plena, a efectos de condicionar o, incluso, posponer su ingreso a esta Jurisdicción. En contraste, la aceptación del sometimiento de un compareciente voluntario está sujeta a una condición especial, que es la presentación y aprobación de un compromiso, claro, concreto y programado (CCCP)" (JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 1182 de 2022, párrafo 18).

[62] "La prueba de que un AENIFPU actuó como integrante *de facto* de la Fuerza Pública tiene importantes consecuencias de cara a la aceptación de su sometimiento a la JEP y de acceso a beneficios transicionales. La principal es que debe ser tratado como un AEIFPU, lo que implica que su ingreso a esta jurisdicción no está condicionado a la presentación y aprobación de un CCCP, sino a la verificación del cumplimiento de los factores competenciales, y que puede obtener los beneficios provisionales establecidos para este tipo de comparecientes, tales como la libertad transitoria, condicionada y anticipada, la sustitución de la medida de aseguramiento, y la privación de la libertad en unidad militar o policial (PLUMP)" (*Ibid*., párrafo 27).

Más adelante, la tesis del "agente *de facto*" fue extendida nuevamente,[63] esta vez para abrir la posibilidad de que ciertos exmiembros de grupos paramilitares pudiesen ingresar excepcionalmente a la JEP, en aquellas situaciones en que detentaban una posición de mando, como en el caso de Salvatore Mancuso Gómez y Rodrigo Tovar Pupo, alias "Jorge 40". Tal situación es trascendental por la estrecha relación con la cúpula de las Fuerzas Armadas del Estado colombiano, aspecto que, cabe anotar, no es novedoso para la jurisprudencia del sistema interamericano de derechos humanos, que en numerosas decisiones hizo evidente dicha cercanía, como en los casos de la masacre de Mapiripán,[64] 19 comerciantes,[65] masacre de Pueblo Bello (Antioquia)[66] y masacres de Ituango,[67] solo por mencionar algunos.

De esta forma, la Sección de Apelación estableció que los comandantes paramilitares tenían dos posibles vías de acceso a la JEP, que se explicaron de la siguiente forma: "la primera remite a la membresía o agencia de facto, […], mientras la segunda, emanada de la realidad –fáctica y normativa– propia del CANI colombiano, identifica a quienes funcional y materialmente se incorporaron a la fuerza pública como sujetos a esta jurisdicción",[68] manteniéndose proscrito su ingreso en calidad de miembros de otros grupos armados.[69]

Además de adoptar la posición que sobre la responsabilidad penal estatal por graves violaciones de derechos humanos habían señalado tribunales como la Corte Internacional de Justicia, el Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia y la Corte IDH, al extenderla para aquellos casos en los que se trate de particulares que actuaron en "acción, omisión, aquiescencia, tolerancia o colaboración" del Estado,[70] este argumento marcó un hito para la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas y la forma como se habían tramitado las solicitudes de ingreso a la JEP de altos mandos de grupos de autodefensas, pues permitió efectuar una variación de la figura del agente *de facto*, para así hablar de "sujetos incorporados funcional y materialmente a la Fuerza Pública", que

---

63 JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 1186 de 2022, párrafo 30.

64 Corte IDH, Caso "La Masacre de Mapiripán *vs*. Colombia", Sentencia de 15 de septiembre de 2005, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, n.° 134, párrafo 96.20.

65 Corte IDH, Caso "19 Comerciantes vs. Colombia", Sentencia de 5 de julio de 2004, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, n.° 109, párrafo 86.

66 Corte IDH, Caso "La Masacre de Pueblo Bello", Sentencia de 31 de enero de 2006, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, n.° 159, párrafo 95.67.

67 Corte IDH, Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia, Sentencia de 01 de julio de 2006, Serie C, n.° 148, párrafo 324.

68 JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 1186 de 2022, párrafo 31.

69 "Los crímenes del conflicto cometidos siendo miembro de otros grupos armados, están, por el criterio de conexidad contributiva, excluidos de la competencia de la JEP" (JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 1187 de 2022, párrafo 98).

70 JEP, Sala de Definición de Situaciones Jurídicas, Subsala Especial E de Decisión y Conocimiento, Resolución 3804 de 17 de noviembre de 2023, pp. 37, 38 y 39.

habían cometido acciones delictivas relacionadas con el conflicto. Este es el caso de aquel paramilitar

> ... que estando en el vértice de su organización criminal aportó su red, generando, aceptando o propiciando de cualquier modo un alineamiento concertado con el servicio de la fuerza estatal o tolerado por ésta, y, por ende, puede ser materialmente percibido, desde la óptica penal/transicional, funcional al Estado, en la medida en que se apodera del ejercicio de funciones públicas y presta una contribución que podría ser determinante respecto de uno o varios patrones de criminalidad y victimización conjuntos.[71]

El rol de "bisagra" o punto de contacto, así como el de "máxima responsabilidad por liderazgo" de los paramilitares que se relacionaron con la Fuerza Pública, es una materialización de esta tesis, pues corresponde a aquella persona que "llega a atar los hilos de esas estructuras de poder militares, empresarios, políticos, funcionarios del Estado de alto rango, etc.; es una persona necesaria para armar el rompecabezas de la estrategia de poder de la guerra en la forma desviada y fuera del Estado de derecho en que ocurrió",[72] otorgándoles así la calidad de comparecientes de esta Jurisdicción Especial, siempre que se presenten "aportes presentes, efectivos y suficientes a la verdad plena, desde el inicio de la actuación transicional".[73]

Si bien las resultas del proceso transicional de estos personajes de la historia paramilitar del país fueron disímiles, pues el sometimiento a la JEP de Rodrigo Tovar Pupo fue rechazado por su falta de voluntad para aportar verdad,[74] mientras que Salvatore Mancuso fue aceptado en "su calidad de incorporado funcional y materialmente, entre los años de 1989 y 2004, a la Fuerza Pública",[75] los dos constituyen ejemplos de la constante variación en que se encuentra el factor personal que habilita el ingreso a esta Jurisdicción, precisamente por la forma en que el conflicto afectó las distintas esferas de la vida nacional, debiéndose, en todo caso, asegurar la materialización de los derechos de las víctimas, y la obtención de los intereses nacionales como máximas de la justicia transicional, restaurativa y prospectiva por la que este Sistema debe abogar.

Bibliografía

Acuerdo de Santa Fe de Ralito para Contribuir a la Paz de Colombia, 15 de julio de 2003.

[71] *Ibid*., p. 41.
[72] *Ibid*., pp. 42 y 43.
[73] JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 1186 de 2022, párrafo 31.25.
[74] JEP - Sala de Definición de Situaciones Jurídicas, Subsala Especial D de Decisión y Conocimiento, Resolución 1508 de 15 de mayo de 2023.
[75] JEP - Sala de Definición de Situaciones Jurídicas, Subsala Especial E de Decisión y Conocimiento, Resolución 3804 de 17 de noviembre de 2023, p. 114.

Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera, Colombia, 24 de noviembre de 2016.

Buenaga Ceballos, Óscar, *El concepto de justicia*, Madrid, Dykinson S. L., 2017.

Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, A/CONF.183/9, de 17 de julio de 1998.

Constitución Política de Colombia, 1991.

Maggiore, Giussepe, *Derecho penal*, Bogotá, Editorial Temis, v. I, 1954.

Presidencia de la República, Ministerio de Defensa Nacional, Política de Defensa y Seguridad Democrática, 2003. Disponible en: https://www.oas.org/csh/spanish/documentos/colombia.pdf.

Presidencia de la República de Colombia, Decreto 4057 de 2011 "Por el cual se suprime el Departamento Administrativo de Seguridad (DAS), se reasignan unas funciones y se dictan otras disposiciones", *Diario Oficial* 48.239 de 31 de octubre de 2011.

Presidencia de la República de Colombia, Decreto 4179 de 2011 "Por el cual se crea un Departamento Administrativo y se establece su objetivo, funciones y estructura", *Diario Oficial* 48.242 de 3 de noviembre de 2011.

Legislación y jurisprudencia

Congreso de la República, Acto Legislativo 01 de 2012, "Por medio del cual se establecen instrumentos jurídicos de justicia transicional en el marco del artículo 22 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones", *Diario Oficial* 48.508 de 31 de julio de 2012. Disponible en: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/acto_legislativo_01_2012.html.

Congreso de la República, Acto Legislativo 01 de 2017 "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", *Diario Oficial* 50.196 de 4 de abril de 2017.

Congreso de la República, Ley 975 de 2005 "Por la cual se dictan disposiciones para la reincorporación de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz nacional y se dictan otras disposiciones para acuerdos humanitarios", *Diario Oficial* 45.980 de 25 de julio de 2005.

Congreso de la República, Ley 1820 de 2016 "Por medio de la cual se dictan disposiciones sobre amnistía, indulto y tratamientos penales especiales y otras disposiciones", *Diario Oficial* 50.102 de 30 de diciembre de 2016.

Congreso de la República, Decreto Ley 706 de 2017 "Por el cual se aplica un tratamiento especial a los miembros de la Fuerza Pública en desarrollo de los principios de prevalencia e inescindibilidad del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y se dictan otras disposiciones", *Diario Oficial* 50.222 de 3 de mayo de 2017.

Congreso de la República, Ley 1922 de 2018 "Por medio de la cual se adoptan unas reglas de procedimiento para la Jurisdicción Especial para la Paz", *Diario Oficial* 50.658 de 18 de julio de 2018.

Congreso de la República, Ley 1957 de 2019 "Estatutaria de la Administración de Justicia en la Jurisdicción Especial para la Paz", *Diario Oficial* 50.976 de 6 de junio de 2019.

Corte IDH, Caso "19 Comerciantes vs. Colombia", Sentencia de 5 de julio de 2004, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, n.° 109.

Corte IDH, Caso "La Masacre de Mapiripán vs. Colombia", Sentencia de 15 de septiembre de 2005, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, n.° 134.

Corte IDH, Caso "La Masacre de Pueblo Bello", Sentencia de 31 de enero de 2006, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, n.° 159.

Corte IDH, Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia, Sentencia de 01 de julio de 2006, Serie C, n.° 148.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia SP3240-2015 (36828) de 18 de marzo de 2015, M. P. Eyder Patiño Cabrera.

Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, AP5205-2017, Radicado 50690, 9 de agosto de 2017, M. P. Luis Antonio Hernández Barbosa.

Corte Constitucional, Sentencia C-037 de 1996, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa.

Corte Constitucional, Sentencia C-040 de 1997, M. P. Antonio Barrera Carbonell.

Corte Constitucional, Sentencia SU-1184 de 2001, M. P. Eduardo Montealegre Lynett.

Corte Constitucional, Sentencia C-370 de 2006, MM. PP. Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Álvaro Tafur Galvis y Clara Inés Vargas Hernández.

Corte Constitucional, Sentencia C-328 de 2015, M. P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

Corte Constitucional, Sentencia C-496 de 2015, M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Corte Constitucional, Sentencia C-674 de 2017, M. P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

Corte Constitucional, Sentencia C-007 de 2018, M. P. Diana Fajardo Rivera.

Corte Constitucional, Sentencia C-112 de 2019, M. P. José Fernando Reyes Cuartas.
JEP - Sala de Definición de Situaciones Jurídicas, Resolución 1508 de 15 de mayo de 2023.
JEP - Sala de Definición de Situaciones Jurídicas, Resolución 3198 de 25 de septiembre de 2023.
JEP - Sala de Definición de Situaciones Jurídicas, Resolución 3804 de 17 de noviembre de 2023.
JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 019 de 2018.
JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 020 de 2018.
JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 021 de 2018.
JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 046 de 2018.
JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 057 de 2018.
JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 068 de 2018.
JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 103 de 2019.
JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 144 de 2019.
JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 199 de 2019.
JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 237 de 2019.
JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 273 de 2019.
JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 859 de 2021.
JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 913 de 2021.
JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 935 de 2021.
JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 071 de 2021.
JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 1179 de 2022.
JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 1182 de 2022.
JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 1186 de 2022.
JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 1187 de 2022.

14

Competencias de la Sala de Amnistía o Indulto: resultados y desafíos*-**

‹**MARCELA GIRALDO MUÑOZ**› Magistrada de la Sala de Amnistía o Indulto
‹**CRISTIAN F. VARELA FITZGERALD**› Magistrado auxiliar de la JEP

Resumen: Este texto describe los procesos y desafíos de la Sala de Amnistía o Indulto (SAI) en su operación como parte del Sistema Integral para la Paz. Con una planta de personal inicial reducida y múltiples dificultades judiciales y administrativas, la Sala ha superado varios retos, aunque algunos persisten. Más allá de la concesión de amnistías, las competencias de la SAI incluyen estadísticas relacionadas con sus funciones y análisis de las críticas elevadas a la Sala en el contexto de su labor. La SAI tiene presente su función legal y constitucional, así como a quiénes se debe en las labores: los comparecientes que desean continuar con sus procesos de reincorporación; las víctimas que demandan verdad, justicia, reparación y no repetición, y la sociedad civil que busca la materialización efectiva de la Paz. El trabajo de la Sala es un componente fundamental para la implementación exitosa del Acuerdo Final de Paz.

Palabras clave: amnistías; inclusión extraordinaria en los listados de acreditados de la Oficina del Alto Comisionado para la Paz; incidentes de verificación del cumplimiento del régimen de condicionalidad; deserción armada; sistemas misionales de gestión judicial y documental.

Abstract: This text describes the processes and challenges faced by the Amnesty or Pardon Chamber (SAI) in its operation as part of the Comprehensive System for Peace. With a reduced initial staff and multiple judicial and administrative difficulties, the SAI has overcome several challenges, although some persist. The text outlines the Chamber´s powers beyond the granting amnesties, provides statistics related to its functions, and analyzes the criticisms raised in the context of its work. The SAI is aware of its legal and constitutional function, as well as to whom its duties are owed: applicants wishing to continue their reincorporation processes, victims demanding truth, justice, reparation, and non-repetition, and civil society, which seeks the effective materialization of Peace. The work of the Chamber is a fundamental component for the successful implementation of the Final Peace Agreement.

Keywords: amnesties, extraordinary inclusion in the lists of accredited individuals by the High Commissioner for Peace Office, proceedings to verify compliance with the Conditionality Regime, armed desertion, judicial and documentary management mission systems.

* El presente artículo contiene opiniones de los autores, que no necesariamente reflejan una posición mayoritaria en la SAI.

** Nuestros más sinceros agradecimientos a David Córdoba, Manuela Molina y Valentina Hincapié, profesionales del despacho que contribuyeron a la elaboración del presente artículo.

Introducción

Tras seis años de haber entrado en funcionamiento la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP), consideramos útil y pertinente compartir algunas reflexiones sobre el trabajo adelantado por la Sala de Amnistía o Indulto (SAI), de la cual hacemos parte. Haber tenido la oportunidad de trabajar en esta Sala desde sus comienzos, nos da una perspectiva única, pues hemos sido partícipes de diversos procesos en su interior: discusiones jurídicas, desarrollos jurisprudenciales, construcción de estándares, identificación de retos y oportunidades, y necesidades operativas y tecnológicas para llevar a cabo las labores encomendadas a la Sala.

Recientemente, se han manifestado varias apreciaciones externas, e incluso internas, sobre la labor de la Sala en asuntos como los tiempos que tardan los procedimientos, el tipo de decisiones que toma la SAI, la cantidad de amnistías otorgadas, entre otras afirmaciones.[1] Por ejemplo, se considera bajo el número de amnistías concedidas hasta ahora y, para respaldar dicha apreciación, se ha hecho referencia a cifras que distan de las estadísticas oficiales de la JEP o que, siendo las oficiales, no describen en detalle el tipo de decisiones de que se trata.[2] Si bien algunas de las críticas están sólidamente argumentadas y tienen un trasfondo que nos ha permitido reflexionar sobre nuestro actuar judicial, la realidad es que la mayoría de ellas están descontextualizadas.

Este artículo busca aclarar las funciones de la Sala, la evolución de su quehacer, sus desafíos y resultados durante estos años. Para ello, se hará referencia a temas como la operación, los trámites de su competencia, los retos que ha dejado la implementación del marco normativo y, finalmente, lo que han sido sus resultados en términos estadísticos.

[1] María Jimena Duzán, "Lentitud en la JEP: ¿qué hay que mejorar en la justicia transicional?" [Episodio de pódcast de audio], *A Fondo*, 17 de agosto de 2022, Spotify. Disponible en: https://open.spotify.com/episode/6334EVL5vQWlZwKis3HMaR; *El Espectador*, "La indignación de la JEP" [Comunicado de prensa], 23 de octubre de 2023. Disponible en: https://www.elespectador.com/opinion/columnistas/yesid-reyes-alvarado/la-indignacion-de-la-jep/; *El Espectador*, "Dura carta del exsecretariado de FARC a Petro: advierten que se apartarían de JEP" [Comunicado de prensa], 7 de febrero de 2024. Disponible en: https://www.elespectador.com/colombia-20/paz-y-memoria/carta-a-petro-por-secretariado-de-farc-critica-el-funcionamiento-y-decisiones-de-la-jep-timochenko/; y *El Espectador*, "Nueva carta de exsecretariado de las FARC dice que la JEP se está 'descarrilando'", [Comunicado de prensa], 19 de febrero de 2024. Disponible en: https://www.elespectador.com/colombia-20/jep-y-desaparecidos/carta-de-exsecretariado-de-las-farc-dice-que-la-jep-se-esta-descarrilando/.

[2] Las concedidas son amnistías efectivamente otorgadas. Las no concedidas se desglosan en varios tipos de decisiones, como rechazos, inadmisiones y remisiones a otras salas de justicia.

Algunos puntos operativos sobre el trabajo de la SAI

Planta de personal

Para el año 2018, cuando la SAI comenzó su labor,[3] los despachos de la Sala contaban con cuatro profesionales especializados grado 33, un sustanciador y un asistente administrativo. Para ese entonces, la Secretaría Ejecutiva de la JEP –que había iniciado en 2017– recibió cientos de solicitudes que estuvieron a la espera de la conformación de la SAI para ser remitidas a ella. En 2018, la Sala tenía entonces el reto de comenzar funciones y entregar resultados a los múltiples solicitantes que llevaban meses esperando respuestas de la JEP.

Hay que recordar que la JEP era una institución naciente y su puesta en marcha conllevó grandes retos que tomaron tiempo en superarse. Es decir, todas las decisiones estaban por discutirse y tomarse, los procesos estaban por ejecutarse, la información estaba pendiente de ser analizada y las articulaciones internas y externas estaban por implementarse.

A lo largo de los años, la Sala logró consolidar sus procesos y eso implicó una optimización de sus labores. En la medida en que se fue ejerciendo la función jurisdiccional, se hizo más evidente que la planta de personal pensada para la salas de justicia era insuficiente. Con el propósito de aliviar esa falencia, se tomaron diversas medidas:

i) Se implementó un "plan de choque", donde las secciones de primera instancia apoyaron a la SAI en la tramitación de las solicitudes de libertad con la finalidad de poder responder más rápidamente a estas;[4] ii) tres de los despachos de dichas secciones estuvieron en movilidad por distintos periodos de tiempo;[5] iii) entre 2022 y 2023, nueve contratistas fueron asignados a la SAI, uno para cada despacho por un año, y los tres restantes continúan desempeñando funciones de manera compartida entre dos despachos; iv) en diferentes periodos se contó con la movilidad[6] de funcionarios del Grupo de Análisis de la Información (GRAI) a los despachos de la SAI;[7] y v) sustanciadores nominados de la Sección de Apelación, de la Sección de Revisión y de la Sección de

[3] Marcela Giraldo Muñoz, "Una aproximación al desarrollo del beneficio de amnistía en la Jurisdicción Especial para la Paz", en Danilo Rojas Betancourth (ed.), *La JEP vista por sus jueces (2018-2019)*, Bogotá, JEP, 2020, pp. 325 y ss. Disponible en: https://www.jep.gov.co/Documents/LA%20JEP%20VISTA%20POR%20SUS%20JUEVES.pdf.

[4] JEP - Órgano de Gobierno, Acuerdo 035 de 9 de julio de 2019.

[5] JEP - Órgano de Gobierno, acuerdos 030 de 2 agosto de 2018, 11 de 7 de febrero de 2019, 019 de 12 de marzo de 2019, 043 de 10 de septiembre de 2019, 060 de 26 de diciembre de 2019, 027 de 29 de mayo de 2020, 050 de 20 de noviembre de 2020, 014 de 13 de mayo de 2021, 018 de 14 de julio de 2022 y 027 de 14 de octubre de 2022, entre muchos otros.

[6] JEP - Reglamento General, Acuerdo ASP 001 de 2 de marzo de 2020, artículo 43.

[7] JEP - Órgano de Gobierno, acuerdos 013 de 11 de febrero de 2019, 026 de 12 de abril de 2019, 040 y 041 de 16 de agosto de 2019, 004 de 11 de febrero de 2020 y 015 de 22 de abril de 2020.

Reconocimiento estuvieron vinculados en movilidad a la SAI.[8] Si bien todo esto contribuyó a las gestiones que adelantaba la Sala, estas medidas temporales no lograron responder en su totalidad a las necesidades de cara al principio de estricta temporalidad.

Como consecuencia, desde abril de 2023 y de forma escalonada hasta agosto del mismo año, finalmente, hubo un incremento de la planta, sobre todo, en las salas de justicia de la JEP, lo que está repercutiendo favorablemente en la celeridad de su trabajo.

Implementación de los sistemas misionales de gestión judicial y documental

En 2019, como se documentó en 2018-2019,[9] se identificaron desafíos persistentes en las operaciones de la Sala –particularmente, en el ámbito tecnológico–, que afectaron a la Secretaría Judicial. El principal obstáculo consistió en lograr la celeridad necesaria para gestionar diariamente la enorme cantidad de información asociada a diversos procesos, entre los que se encontraban los expedientes judiciales provenientes de la jurisdicción ordinaria, solicitudes de beneficios de personas en libertad y de aquellas privadas de ella, la tramitación de recursos judiciales, notificaciones y comunicaciones.

En el año 2020, la JEP inició un proceso de implementación de sistemas de gestión; dos de ellos tuvieron un impacto directo en la labor de la Sala. Toda la información era inicialmente almacenada en un solo sistema de gestión documental que, por su naturaleza, tenía limitaciones para procesar trámites judiciales. Esa información fue transferida a dos sistemas de información: Legal*i*, para procesar los expedientes judiciales y todos los trámites de esa índole, y Conti, el sistema de gestión documental para tramitar las comunicaciones internas y externas a la Jurisdicción. Dicha migración de la información para la creación de los expedientes judiciales tuvo contratiempos importantes relacionados principalmente con la organización de las piezas procesales. El traslado de la información se realizó con múltiples deficiencias por parte del contratista, lo que implicó que los profesionales de los despachos y la secretaría judicial de la Sala iniciaran la labor titánica de organización manual de datos –ya que no fue posible encontrar una solución tecnológica para hacerlo–, lo que llevó meses.

Entre los inconvenientes encontrados estuvieron la duplicidad de la información, la pérdida de información relevante y la desorganización cronológica de los documentos. Adicionalmente, mientras se realizaba este proceso de migración, comenzó la cuarentena por la pandemia de covid-19, incorporando un elemento adicional de complejidad al proceso que ya se encontraba en curso.

---

[8] JEP - Órgano de Gobierno, acuerdos 016 de 22 de abril de 2020, y 017 y 019 de 22 de abril de 2020.

[9] Giraldo Muñoz, "Una aproximación...", *op. cit*., pp. 325 y ss.

Si bien hoy en día estos desafíos se han superado en gran medida, tuvieron un impacto en la celeridad y la agilidad de los procesos de la SAI y de su Secretaría Judicial.

Trámites de competencia de la SAI

La labor de la SAI trasciende el ámbito exclusivo de las amnistías abarcando otras funciones. La Sala también se encarga de pronunciarse sobre peticiones de libertades condicionadas, permisos de salida del país, incidentes de verificación del cumplimiento del régimen de condicionalidad, deserciones armadas y deserciones manifiestas, así como de las solicitudes de inclusión extraordinaria en los listados de la Oficina del Alto Comisionado para la Paz (OACP). El desarrollo de estas competencias implica tiempo de estudio, análisis y decisión por parte de la Sala o de sus despachos sobre los aludidos trámites.

Permisos de salida del país

El artículo 5° del Decreto 2125 de 18 de diciembre de 2017 estableció que "los integrantes de las FARC-EP que se encuentren acreditados por el Alto Comisionado para la Paz y que tengan medidas restrictivas para la salida del país, podrán salir del país previa autorización de la Jurisdicción Especial para la Paz". Asimismo, el parágrafo 1º del artículo 52 de la Ley 1820 de 2016 dispone que el agente del Estado que sea beneficiario de la libertad transitoria condicionada y anticipada suscribirá un acta de compromiso donde conste su obligación de no salir del país sin previa autorización de la JEP.

La Presidencia de la Jurisdicción estableció que las solicitudes de salida del país deben ser repartidas entre las salas o secciones "que conozcan o les corresponde conocer, de las actuaciones contra los solicitantes".[10] Así, a la SAI le corresponde estudiar que la solicitud cumpla con el lleno de los requisitos del trámite y analizar la procedencia de autorizar o no la salida del país de exintegrantes de las FARC-EP que no estén compareciendo ante otras salas o secciones.

En 2018, la Sección de Apelación (SA) sostuvo que adicional a verificar "el cumplimiento de requisitos formales (lugar de estadía, fecha de salida y de regreso al país, motivo del desplazamiento, etc.)", era necesario "que la petición de autorización [estuviera] justificada y, en todo caso, no [debía] significar un obstáculo para el avance del SIVJRNR".[11]

Se han recibido y analizado 467 solicitudes desde 2018, pero un grupo en particular requirió un análisis adicional, pues buscaba salir a estudiar en universidades del exterior y, en algunos casos, incluso se trataba de personas becadas por países garantes del AFP. Por un lado, esas oportunidades académicas

[10] JEP - Presidencia, Resolución 011 de 20 de abril de 2018, artículo 1º.

[11] JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 17 de 2018, párrafo 21.

impactaban la reincorporación social de los exintegrantes de FARC-EP, pero, al mismo tiempo, se debía garantizar que ello no entorpeciera los fines del Sistema Integral para la Paz. En nuestro despacho, las salidas se otorgaron periódicamente y se fueron renovando previa verificación de la documentación que demostrara que la persona seguía cursando sus estudios y se encontraba comprometida con ese proceso, así como la constatación del continuo contacto con la JEP.

Por otra parte, la SA viene reiterando en su jurisprudencia que los permisos de salida del país les son exigibles solo a aquellos comparecientes que recibieron beneficios en el marco de la Ley 1820 de 2016; en otras palabras, quienes no han recibido tratamientos de justicia transicional o no les ha sido privada o restringida su libertad en algún proceso judicial, no tienen la obligación de solicitar autorización a la JEP para salir del país.[12] Así lo implementó la SAI y aunque esto debería reducir el número de solicitudes de personas en estas condiciones, la realidad es que siguen presentándose dichos requerimientos que deben ser atendidos y respondidos explicando que la solicitud es improcedente.

Por otra parte, está el despliegue probatorio que tienen que hacer los despachos durante el trámite para subsanar las solicitudes. En muchos casos, no se adjunta la documentación requerida y solo la remiten una vez solicitada; en otros, no lo hacen en lo absoluto, lo que lleva a la Sala a negar las solicitudes de permisos de salida del país.

Incidentes de verificación del cumplimiento del RC y declaratoria de deserción

El incidente de incumplimiento del régimen de condicionalidad fue regulado en los artículos 67 a 69 de la Ley 1922 de 2018. Se trata de un trámite complejo que identifica los eventuales incumplimientos por parte de aquellas personas que están sujetas a este y, en caso afirmativo, determina su gravedad y la consecuencia proporcional que corresponda. Se trata de un procedimiento paralelo a los principales que se adelanten con los comparecientes y debe agotar las siguientes tres etapas: i) apertura, ii) decreto de pruebas y iii) verificación del incumplimiento y decisión final. Concluido el proceso y verificado el incumplimiento, la conclusión debe estar encaminada a imponer una sanción que puede ir desde un llamado de atención hasta la consecuencia más grave que es la expulsión del Sistema.[13]

---

[12] JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 1410 de 2023, párrafo 13, citando el Auto TP-SA 1401 de 2023, párrafo 12. El Auto TP-SA 1167 de 2022 señala que la carga de solicitar permiso para salir del país solo es exigible a quienes han accedido a beneficios transicionales (párrafo 14). Esto mismo ha dicho la SA en otros pronunciamientos: autos TP-SA 453 de 2020, párrafo 25; TP-SA 442 de 2020, párrafos 24-25 y TP-SA 1321 de 2022, párrafos 12.5.1 y 12.6.

[13] Congreso de la República de Colombia, Ley 1922 de 2018, *Diario Oficial* 50.658 de 18 de julio de 2018, artículo 67.

Lo anterior fue objeto de estudio por parte de la SA a lo largo de la Sentencia Interpretativa Senit 4 de 2023. Uno de los elementos relevantes es la calificación del trámite como de *última ratio*, instando a las salas y secciones al uso de otras fórmulas, incluso, no sancionatorias. Asimismo, creó mecanismos intraprocesales, como llamados de atención; el juicio de prevalencia jurisdiccional, que consiste en rechazar o aceptar condicionalmente el sometimiento de la persona a la JEP; y el incidente de revocatoria de beneficios provisionales, regulado en los artículos 61 y 62 de la Ley 1922 de 2018, y la declaratoria de deserción manifiesta.[14]

Esta última consiste en el abandono del proceso de paz por parte de aquellas personas que se encuentren dentro de alguno de los siguientes supuestos: i) quienes vuelvan a alzarse en armas como rebeldes;[15] ii) quienes entren a formar parte de grupos armados organizados (GAO);[16] iii) de grupos armados organizados residuales (GAOR);[17] o iv) de grupos delictivos organizados (GDO).[18] La SA ha venido distinguiendo en su jurisprudencia la *deserción armada* de la *deserción simple*; la primera se da en los casos en los que el grupo al cual pertenezca la persona persiga fines rebeldes y, la segunda, cuando el grupo persigue intereses distintos.[19]

Adicionalmente, desde su jurisprudencia temprana, la SA se ha referido a la categoría especial de *deserción manifiesta* como "una autoexclusión de la jurisdicción transicional por su carácter voluntario, público e inequívoco".[20] Para la SA, al ser la *deserción manifiesta* –armada o simple– un hecho incuestionable, esta debe declararse tan pronto se tiene conocimiento del hecho, sin que exista el deber de adelantar o culminar trámite alguno. La SA ha considerado que

---

[14] JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Sentencia Interpretativa TP-SA-Senit 4 de 26 de abril de 2023, párrafos 135-142.

[15] Código Penal, artículo 467; Ley 599 de 2000: Son rebeldes, quienes "mediante el empleo de las armas pretendan derrocar al Gobierno Nacional, o suprimir o modificar el régimen constitucional o legal vigente".

[16] Congreso de la República de Colombia, Ley 1908 de 2018, *Diario Oficial* 50.649 de 9 de julio de 2018, artículo 2º: Los GAO son "[a]quellos que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre una parte del territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas".

[17] Los GAOR son una especie de GAO, articulado por disidencias. Al respecto, ver Fiscalía General de la Nación, *Periodo del fiscal general de la nación, Néstor Humberto Martínez Neira. 2016-2019*, Serie Documentos 34, p. 8.

[18] Congreso de la República de Colombia, Ley 1908 de 2018, artículo 2º: Un GDO es "[e]l grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con arreglo a la Convención de Palermo, con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material".

[19] JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, autos TP-SA 1315 de 29 de diciembre de 2022, párrafo 14; TP-SA 1446 de 15 de junio de 2023, párrafo 8 y pie de página 45.

[20] JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 289 de 13 de septiembre de 2019, párrafo 20.

existe un hecho incuestionable o notorio de la deserción cuando hay aceptación de cargos penales ante autoridades judiciales ordinarias o ante la JEP por hechos posteriores al 1º de diciembre de 2016, cuando existe una sentencia penal ejecutoriada, cuando la persona sea nombrada como miembro representante de un grupo armado para negociar con el Gobierno nacional, o incluso cuando la persona aparezca en medios masivos de comunicación indicando su pertenencia a un GAO o a un GAOR.[21]

La SA permitió la posibilidad de declarar la deserción manifiesta en casos de personas que no tienen condena en firme o que están siendo investigadas por alzarse nuevamente en armas o integrar un grupo delincuencial, siempre que existiera un "grado aceptable de persuasión" del incumplimiento del régimen de condicionalidad.[22] Sin embargo, la JEP está imposibilitada para realizar investigaciones y declaratorias de responsabilidad penal en relación con los hechos posteriores al 1º de diciembre de 2016, por cuanto esa responsabilidad está en cabeza de la jurisdicción ordinaria. Así, honrando la necesidad de que la presunción de inocencia y las garantías del debido proceso permanezcan incólumes durante el trámite incidental o en la declaratoria de deserción manifiesta, la SA ha exigido que en los casos en los que las salas y secciones fundamenten el incumplimiento o la deserción en hechos que solo pueden ser constatados luego de un debate probatorio, se cuente con un preacuerdo, una confesión o una sentencia condenatoria.

A diferencia de otros supuestos en los que el incumplimiento es todavía una cuestión debatible, la SA ha considerado que no es necesario que se abra o culmine un incidente de incumplimiento en los casos de deserción *manifiesta*. Basta que la sala o sección la constate y declare los efectos jurídicos que de esa constatación se deriven, sin tener que graduar la gravedad del incumplimiento y sin que haya que determinar una consecuencia proporcional a este.[23]

Finalmente, al ser la deserción una grave conducta, las consecuencias que se derivan de ella son severas. Una vez se advierta la condición de desertor, se deberá proceder, como única consecuencia plausible, a la reversión a la justicia ordinaria de todos los asuntos que alguna vez fueron de interés para la JEP.

---

[21] JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, autos TP-SA 288 y TP-SA 289 de 13 de septiembre de 2019, TP-SA 1084 de 24 de marzo de 2022, TP-SA 1096 de 6 de abril de 2022, TP-SA 1230 de 14 de septiembre de 2022, TP-SA 1315 de 29 de diciembre de 2022, TP-SA 1322 de 29 de diciembre de 2022, TP-SA 1334 de 18 de enero de 2023, TP-SA 1414 de 4 de mayo de 2023, TP-SA 1446 de 15 de junio de 2023 y TP-SA 1532 de 1º de noviembre de 2023, entre muchos otros.

[22] JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 1230 de 14 de septiembre de 2022, párrafo 20.

[23] JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, autos TP-SA 288 y TP-SA 289 de 13 de septiembre de 2019, TP-SA 1084 de 24 de marzo de 2022, TP-SA 1096 de 6 de abril de 2022, TP-SA 1230 de 14 de septiembre de 2022, TP-SA 1315 y TP-SA 1322 de 29 de diciembre de 2022, TP-SA 1334 de 18 de enero de 2023, TP-SA 1414 de 4 de mayo de 2023, TP-SA 1446 de 15 de junio de 2023 y TP-SA 1532 de 1º de noviembre de 2023, entre muchos otros.

Y en caso de que le hubieran sido concedidos beneficios al peticionario, determinar la pérdida automática de la totalidad de estos y la imposibilidad de obtenerlos en el futuro.[24]

Estos procedimientos incidentales cobran relevancia para la SAI en la medida en que el cumplimiento del RC debe hacerse constantemente para verificar que no existan investigaciones en curso o sentencias judiciales en firme. Lo anterior complejiza aún más la labor de la SAI si se tiene en cuenta que este tipo de procedimientos han tenido un notable y lamentable incremento en los últimos años. Los despachos han tenido que asumir una tarea adicional que implica constantes decretos y reiteraciones probatorias para llegar a un análisis y una evaluación que permitan concluir si existió o no incumplimiento y cuál es su consecuencia.

Inclusión extraordinaria en los listados de la OACP

Durante el estudio de beneficios transicionales, la Sala adelanta un proceso que se enfoca en determinar la pertenencia o colaboración con la antigua guerrilla de las FARC-EP y, para ello, cuenta con cinco formas que le permiten demostrar el cumplimiento del ámbito de aplicación personal, es decir, el vínculo de la persona con dicho grupo armado.[25] Dos de ellas provienen de certificaciones otorgadas por la OACP o el Comité Operativo para la Dejación de las Armas (CODA) y las tres restantes de la información que reposa en el expediente de la jurisdicción ordinaria de las personas que están siendo investigadas o procesadas, o fueron condenadas y buscan que la SAI analice su situación y les conceda beneficios.

Es decir, hay personas que no están acreditadas por la OACP, pero que comparecen ante la JEP porque han demostrado ante ella su pertenencia a las FARC-EP a través de, por ejemplo, una sentencia condenatoria donde se indica que hacían parte del grupo armado. Pese a esto, no pueden acceder a la ruta de

---

[24] *Ibid.*; Congreso de la República de Colombia, Ley 1957 de 2019, *Diario Oficial* 50.976 de 6 de junio de 2019, artículo 19, parágrafo 3º.

[25] Congreso de la República de Colombia, Ley 1820 de 2016, *Diario Oficial* 50.102 de 30 de diciembre de 2016, artículos 17 y 22: "i) Personas condenadas, procesadas o investigadas por pertenencia o colaboración con las FARC-EP que cuentan con providencia judicial (art. 22.1); ii) Integrantes de las FARC-EP de conformidad con los listados entregados por representantes designados por dicha organización y verificados conforme a lo establecido en el Acuerdo Final de Paz. Estas son las personas acreditadas por el Alto Comisionado para la Paz (art. 22.2). [En este supuesto, la jurisprudencia de la SA ha precisado que la certificación del Comité Operativo para la Dejación de las Armas –CODA– permite demostrar la membresía de un desmovilizado de las FARC-EP a este grupo armado, así como su voluntad de abandonarlo]; iii) Personas condenadas y en la sentencia se indica la pertenencia a las FARC-EP, aunque no se condene por un delito político y siempre que el delito por el cual resultó condenada la persona cumpla con los requisitos de conexidad establecidos en la Ley 1820 de 2016 (art. 22.3), y iv) Personas investigadas, procesadas o condenadas por delitos políticos y conexos, cuando se pueda deducir de las investigaciones judiciales, fiscales, disciplinarias, providencias judiciales u otras evidencias que fueron investigadas o procesadas por su presunta pertenencia o colaboración con las FARC-EP (art. 22.4)".

reincorporación que ofrece la Agencia para la Reincorporación y la Normalización (ARN), dado que esa ruta está disponible únicamente para quienes hayan sido acreditados como exmiembros de las FARC-EP por parte de la OACP o por el CODA.[26] Ello implica, entonces, que aunque muchas personas comparecen ante la JEP como exintegrantes de las FARC-EP, no todas han obtenido los beneficios de la reincorporación.

El proceso de construcción de los listados de los miembros de las FARC-EP se hizo en dos fases. Inicialmente se elaboró uno por parte de exintegrantes de esa antigua guerrilla y, posteriormente y con base en esa información, la OACP construyó otro listado de personas acreditadas por dicha oficina como exintegrantes de las FARC-EP. Ese proceso finalizó el 15 de agosto de 2017.[27] En consecuencia, la única opción que resta a quienes por alguna razón, habiendo sido de la guerrilla de las FARC-EP, no fueron acreditados por la OACP, es solicitar ante la SAI la inclusión extraordinaria en dichos listados. Ese trámite se encuentra reglado en el artículo 63 de la Lejep que faculta a la Sala para incorporar excepcionalmente en los listados de acreditados de la OACP los nombres de personas que por motivos de fuerza mayor no fueron incluidos, previa solicitud de un concepto del Comité Técnico Interinstitucional creado por el Decreto 1174 de 2016.[28] En la práctica, esos conceptos no son remitidos.[29]

Así las cosas, para que esta inclusión se decrete, es necesario demostrar que la persona fue integrante de la antigua guerrilla de las FARC-EP y que no fue incluido(a) en los listados por motivos de fuerza mayor. Según la más reciente jurisprudencia de la SA, existen entonces dos vías para que la SAI ordene a la OACP la acreditación de personas como exmiembros de FARC-EP: i) los casos de aquellas personas que estaban incluidas en los listados elaborados inicialmente por las FARC-EP y que, por motivos de fuerza mayor, no fueron acreditados por la OACP; y ii) los casos de las personas que acrediten, mediante

[26] Presidencia de Colombia, Decreto Ley 899 de 29 de mayo de 2017, *Diario Oficial* 50.248 de 29 de mayo de 2017, artículo 2º.

[27] Ley 1957 de 6 de junio de 2019, cit., artículo 63, numeral 3.

[28] Corte Constitucional, Sentencia C-080 de 2018, M. P. Antonio José Lizarazo Ocampo, p. 535. Con relación a tal procedimiento, la Corte Constitucional señaló: "Mediante este mecanismo se garantiza que no queden fuera de la competencia de la JEP los sujetos sobre los que la tiene por cumplir el factor personal, con el fin de garantizar, de una parte, los derechos de las víctimas a la verdad, a la justicia y a la reparación y, de la otra, la seguridad jurídica de los excombatientes que suscribieron el acuerdo de paz".

[29] La SA indicó que tal disposición no implica necesariamente que sea un requisito para decidir de fondo las solicitudes de inclusión. En situaciones donde la SAI considere que ya dispone de información suficiente para decidir, no está obligada a acudir al referido Comité; solo deberá hacerlo cuando carezca de información que no pueda recaudar por otros medios (JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Sentencia TP-SA 363 de 19 de julio de 2023).

providencia judicial en firme, que fueron parte de las FARC-EP y que, por circunstancias de fuerza mayor, no fueron acreditadas por la referida oficina.[30]

Si bien este procedimiento abre una puerta para que los firmantes del Acuerdo que no fueron acreditados por la OACP puedan serlo, la realidad es que es un proceso judicial con un estándar que implica un esfuerzo probatorio relevante. Lo que pudo ser un proceso administrativo por medio del cual quien demostrara legalmente ante la JEP el haber sido de las FARC-EP podía tener acceso a la ruta de reincorporación de la ARN, ahora es un trámite judicial excepcional que implica demostrar que por razones de fuerza mayor no fue incluido en los listados. Es decir, la estructura del marco normativo implica que a menos que se cuente con una acreditación de la OACP, la única manera adicional de ingresar a dichos programas es a través de la activación judicial de la competencia de la SAI.

Rechazos e inadmisiones

Como lo indica Giraldo Muñoz[31] y en línea con las estadísticas que se muestran en el último apartado de este escrito, el número de solicitudes improcedentes presentadas a la Sala supera en un alto porcentaje aquellas frente a las cuales la SAI o la JEP sí ejercen funciones (ver infra "Remisiones a otra salas de justicia").

Llegar a la conclusión de que los hechos son o no competencia de la Jurisdicción toma tiempo, esfuerzo y recursos. Con la salvedad de aquellas solicitudes que vienen acompañadas de piezas procesales que permiten inferir que la JEP es abiertamente incompetente para conocer de los hechos, los despachos deben ampliar información, esto es, requerir al solicitante, a las autoridades judiciales y/o administrativas que conocieron de los hechos objeto de estudio para verificar que se cumplen concomitantemente los ámbitos de competencia temporal, personal y material.

Los requerimientos deben ser constantemente reiterados y, ante la imposibilidad de obtener los procesos por parte de algunas autoridades de la jurisdicción ordinaria, es pertinente comisionar a la UIA para que obtenga las piezas procesales. Pese a ello, en muchas ocasiones, el referido órgano toma varios meses recogiendo la información, lo que ha llevado a los despachos a comisionar a los funcionarios adscritos para obtener lo requerido ante los juzgados o fiscalías. Esto ha representado demoras en los procesos de la SAI, generando un gasto en recursos económicos y de talento humano, pese a que puedan llevar, en oportunidades, a la conclusión de que la JEP no es competente frente a las solicitudes. Lo anterior se ve reflejado en las cifras de la Sala; este tipo de decisiones fue el más tomado de fondo por la SAI entre 2022 y 2023.

---

[30] JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 1362 de 2023, párrafo 19 y Sentencia TP-SA 385 de 2023, párrafo 39.

[31] Giraldo Muñoz, "Una aproximación...", pp. 325 y ss.

El rechazo o inadmisión tiene un mismo efecto práctico, que es el de no conocer de fondo las solicitudes de beneficios transicionales.[32] Estas figuras jurídicas son aplicadas en los procesos respecto de los cuales se evidencia una falta de competencia de la JEP en relación con las conductas sobre las que se pretenden recibir beneficios provisionales o definitivos. Están comúnmente relacionados con hechos de delincuencia común, cometidos por otros grupos armados o, en todo caso, sobre los cuales es evidente la inexistencia de una relación con el conflicto con las FARC-EP.

Ejemplo de lo anterior fueron varios requerimientos realizados a la Sala en los que se la instaba a verificar un listado de personas acreditadas por la OACP como exintegrantes de la referida guerrilla que continuaban detenidos. Cuatro de estos requerimientos fueron elevados por la Misión de Verificación de la ONU en Colombia. Las primeras tres solicitudes presentadas estaban relacionadas con un total de 180 personas cada una y la última de ellas con 212 personas.[33]

Del universo de personas antes expuesto, la gran mayoría de solicitudes ya fueron resueltas, con libertad condicionada concedida. Solo nueve se encuentran en trámites en el interior de la Sala y 99 peticiones ya fueron resueltas de manera negativa, es decir, se les negó el beneficio de libertad condicionada por delitos ajenos al conflicto armado, como son inasistencia alimentaria, feminicidios, violencia intrafamiliar, entre otros.[34]

Por otra parte, el Comité de Seguimiento, Impulso y Verificación a la Implementación del Acuerdo Final (CSIVI) y el Partido Político Comunes presentaron ante la Sala una petición[35] en la que relacionaban a 249 personas acreditadas o en proceso de acreditación como exintegrantes de la antigua guerrilla de las FARC-EP por parte de la OACP con la finalidad de que la Sala resolviera su situación jurídica. En el escrito se advirtió que estas personas se encontraban privadas de la libertad en centro penitenciario, pero con trámites vigentes ante la SAI.

Los despachos de la Sala revisaron minuciosamente cada uno de estos casos y, una vez realizadas las ampliaciones de información ante las autoridades de la jurisdicción ordinaria que habían ordenado la detención de estas personas, un muy alto porcentaje resultó detenido, incluso condenado por hechos

---

[32] JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Sentencia TP-SA 224 de 11 de julio de 2019, considerando 24.

[33] Las personas sobre las cuales se elevaban las solicitudes variaban en cada requerimiento.

[34] Ello con base en la respuesta brindada por la Presidencia de la SAI el 19 de marzo de 2024, en la cual se indica que restan un total de 14 solicitudes por responder y se anexan las bases de datos diligenciadas por los despachos. Sin embargo, cinco de esos trámites se reportan como pendientes, pues la decisión de fondo no está en firme por falta de ciertas notificaciones o porque el trámite de estudio de beneficios se encuentra suspendido por un posible incumplimiento del régimen de condicionalidad por parte del compareciente. De manera que, en estricto sentido, solo resta por definir la situación jurídica de nueve personas de la totalidad incluida en los requerimientos de la Misión de Verificación de la ONU en Colombia.

[35] Oficio de fecha 23 de septiembre de 2021.

ajenos al conflicto armado, como los mencionados anteriormente, o por hechos cometidos con posterioridad al 1º de diciembre de 2016.

Es vital que se comprenda la importancia de que en cada caso concurra el cumplimiento de los ámbitos de competencia temporal, personal y material, y que no es suficiente solo estar acreditado por la OACP para que procedan los beneficios transicionales de la Ley 1820 de 2016.

Remisiones a otras salas de justicia

El parágrafo del artículo 23 de la Ley 1820 de 2016 establece que algunas conductas cometidas en el marco del conflicto armado no pueden ser, en ningún caso, amnistiadas. Hacen parte de estas prohibiciones los delitos de lesa humanidad, el genocidio, los crímenes de guerra, la toma de rehenes y las graves privaciones de la libertad, entre otras. Adicionalmente, están excluidas del beneficio aquellas que sean de origen común, es decir que carezcan de relación con el actuar rebelde.

Por otra parte, el inciso 6º del artículo 25 *ibidem* establece que en eventos en los cuales la SAI determine que no procede la aplicación del beneficio de amnistía, debe remitir el hecho a la SRVR o a la SDSJ, según sea el caso. En igual sentido, el artículo 81 de la Ley 1957 de 2019 prevé este procedimiento, además de la concesión del beneficio de libertad provisional[36] a consecuencia de la remisión. Estas salas determinan la ruta al interior de la JEP en cada caso. Frente a estos escenarios, la SA determinó que "constitu[ye] en la práctica, por no avocar conocimiento del trámite de beneficio definitivo, una negativa anticipada de la amnistía en relación con la conducta concernida.[37]

La SA también determinó que al identificar que un proceso puede corresponder a un caso priorizado por la SRVR, debe remitir el expediente al macrocaso para que sea esa Sala la que determine el proceso a seguir. Para el momento en que fue proferida la Senit 2, que fijó los parámetros para las aludidas remisiones, se contempló la posibilidad de enviar a la SDSJ los casos que no estuvieran priorizados por la SRVR. Sin embargo, ese escenario desapareció con la apertura de cuatro macrocasos más, entre los que se incluye, el Caso 10, que investiga los "crímenes no amnistiables cometidos por miembros de las extintas FARC-EP por causa, con ocasión, o en relación directa o indirecta con el conflicto armado colombiano".

En decisión posterior a la Senit 2, la SA se pronunció frente a algunas conductas, como la violencia sexual o los homicidios en persona protegida, advirtiendo que cuando es

[36] JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Sentencia Interpretativa Senit 2 de 9 de octubre de 2019.

[37] *Ibid.*, párrafo 140.

> ... cometida con ocasión y en desarrollo del conflicto armado son de aquellos casos en los cuales no es necesario hacer un test de gravedad, pues el derecho penal internacional y la jurisprudencia doméstica e internacional los consideran como actos de suficiente entidad para constituir crímenes de guerra y no ser objeto de amnistía o indulto.[38]

A consecuencia de lo anterior, este tipo de conductas no pueden ser amnistiables en ningún caso.

Si bien algunas conductas requieren un despliegue probatorio y la sustanciación de los procesos para poder definir si se trata de conductas amnistiables o no, una identificación temprana, previa al reparto, de los casos claramente no amnistiables agilizaría los procedimientos en la JEP. Con ello se evitaría, por ejemplo, que hechos relacionados con conductas tales como desaparición forzada, desplazamiento forzado, reclutamiento de menores, violencia sexual, entre otras, llegaran a la SAI en búsqueda de amnistía y, por el contrario, permitiría que fueran redireccionados a la SRVR para lo propio.

Adicionalmente, resultaría interesante plantearse desde la defensa que en los casos de evidente improcedencia del beneficio de mayor entidad, se eleven solicitudes concretas de libertad condicionada –cuando sea el caso– a la SAI y se centren los esfuerzos en la SRVR optimizando así los recursos y tiempos de la defensa técnica y material, así como los de la JEP.

Tutelas, peticiones, respuestas a vinculaciones de *habeas corpus*, otros trámites administrativos (peticiones, reportes a presidencia, respuestas a SR)

Entre las obligaciones de la Sala que requieren inversión de tiempo y esfuerzos también se encuentran temas administrativos, como respuesta a peticiones y entrega de reportes estadísticos semanales a la presidencia de la Sala. Igualmente, están las respuestas a las vinculaciones en acciones de tutela o *habeas corpus* relacionadas con derechos fundamentales. Por ejemplo, buscar celeridad en las decisiones referidas al beneficio de libertad condicionada o el derecho a la igualdad, demandando un trato ecuánime entre coautores cuando el beneficio de libertad condicionada le ha sido otorgado a algún otro condenado por los mismos hechos. Actualmente, este tipo de acciones se redujeron ostensiblemente en atención a que las solicitudes de libertad condicionada han sido resueltas en un alto porcentaje.

Finalmente, otro de los trámites administrativos que realiza la Sala son las respuestas a los requerimientos elevados por la mayoría de los despachos de la Sección de Revisión de Sentencias de la JEP para las diligencias que adelanta,

[38] JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Sentencia TP-SA-AM 168 de 18 de junio de 2020, párrafo 54.

relacionadas con la supervisión y revisión de los beneficios provisionales. Este es un trámite que requiere que los despachos den respuesta a autos en los que se solicita información que se encuentra en los sistemas misionales de la Jurisdicción y a los cuales tienen acceso los despachos de esa Sección.

Con esto, pretendemos mostrar que la labor de la Sala no solo se centra en los trámites judiciales misionales, sino también en aquellos de orden administrativo que son imperativos en el cumplimiento de las funciones de la SAI.

La obligación de aportar a la verdad como parte de los compromisos del Régimen de Condicionalidad

La búsqueda de la verdad en esta justicia transicional es un pilar trascendental y transversal a los procesos que adelanta la Jurisdicción. El requisito de aportar verdad es una condición para continuar disfrutando de los beneficios que trajo el AFP para los comparecientes y el propósito es construir colectivamente la historia de lo ocurrido durante el conflicto armado a través de quienes estuvieron inmersos en él.

Los comparecientes ante la SAI que solicitan beneficios transicionales en su mayoría participaron en procesos judiciales de la justicia penal ordinaria. Esto implicó que asumieran el rol de investigados, se abstuvieran de aportar verdad y se atuvieran a lo probado por la FGN durante los procesos penales que se adelantaron en su contra. Esta dinámica evitó un aporte de verdad más amplio por parte de los comparecientes, pues, de haberlo hecho ante esas autoridades, habrían podido agravar su situación jurídica reflejada en incrementos de penas por imputaciones relacionadas con su vínculo con las FARC-EP (rebelión, concierto para delinquir, entre otros).

Por otra parte, los firmantes se enfrentaron al desafío de comparecer ante una institución perteneciente a un Estado contra el que previamente habían combatido. Este escenario plantea el reto para la Jurisdicción en términos de generar confianza, sin dejar a un lado las demandas de las víctimas y el cumplimiento estricto del principio de imparcialidad. Por otra parte, la JEP ha tenido la necesidad de establecer un entorno propicio para la participación de partes e intervinientes, lo que le ha permitido mayor apertura por parte de los participantes en los procesos, garantizando sus derechos, pero también su bienestar.

En este contexto, ha sido fundamental establecer mecanismos para facilitar la participación en los procesos que adelanta la Sala, buscando conceder los beneficios sin dejar a un lado la exigencia de aportar a la verdad y cumpliendo con los procesos dialógicos. Ejemplo de esto es la posibilidad que tienen partes e intervinientes de acceder a la designación de apoderados del Sistema Autónomo de Asesoría y Defensa de la JEP (SAAD) para que los representen judicialmente, además de una asistencia psicosocial que les brinda la jurisdicción durante su participación en los trámites.

Lo anterior busca crear espacios propicios y seguros para que los relatos de la guerra puedan surgir de manera espontánea, pero restaurativa para las víctimas. Esto implica, además de lo ya expuesto, la adopción de enfoques diferenciales que propendan al cumplimiento de los objetivos de este sistema de justicia transicional.

En ese contexto, la SAI ha evidenciado la necesidad de orientar e instruir –en el marco del proceso dialógico– a los comparecientes para que, en consonancia con el marco normativo del Sistema Integral para la Paz (SIP) y los principios rectores de esta justicia transicional, realicen contribuciones a la verdad completa y veraz de los asuntos bajo estudio de la Sala, pero también de otros eventos que son de interés para la JEP.

Asimismo, la SA ha subrayado el principio de que el reconocimiento de responsabilidad por parte de los implicados representa una forma significativa de aporte de verdad. Tal premisa les ha sido expuesta a los comparecientes insistentemente a la hora de presentar sus aportes a la Sala, sin perjuicio de que puedan no hacerlo como aporte a la verdad y sin que eso implique un incumplimiento del SIP. Sin embargo, ello no es óbice para que la Sala pueda contrastarlos y, de encontrar que hubo inconsistencias en los aportes, podría sancionarse en el marco del cumplimiento del RC. Adicionalmente, se recalca que los reconocimientos que hagan no suponen un agravante para la situación jurídica de quien hace los aportes, sino que, por el contrario, constituyen una contribución a la verdad que buscan las víctimas y la sociedad en general.

Lo anterior se ha visto reflejado en avances tangibles. Se han observado escenarios donde las personas, ante la SAI, han reconocido hechos que fueron objeto de investigación por parte de la FGN y que no pasaron la etapa preliminar de indagación. En igual sentido, la Sala ha entrevistado personas que en el marco de aportes a la verdad aceptaron hechos por los cuales fueron absueltos en la justicia ordinaria. Esto llevó a que las víctimas conocieran la verdad de los hechos que rodearon sus victimizaciones y que les fue esquiva en los procesos ante la jurisdicción ordinaria.

La carga de trabajo que supone esa búsqueda de verdad se ve reflejada en el respeto por los derechos de las víctimas. Es un trabajo crucial para encontrar la verdad en los casos más complejos, que, naturalmente, demandan tiempo y esfuerzo, pero que aportan a la materialización de una justicia completa con efectos reparadores y reconciliadores en el largo plazo. En síntesis, el tiempo y esfuerzo que conllevan tales procesos representan la materialización de un compromiso con la rigurosidad en el cumplimiento del marco normativo transicional y la integridad con la que se adelantan los procesos en la SAI.

La amplia puerta de entrada de la SAI, de conformidad con la Ley 1820 de 2016

En la práctica, los trámites en la SAI se inician de la siguiente forma: se presenta la solicitud en la que, generalmente, solo se requiere la obtención de beneficios; el despacho amplía información a la defensa técnica y/o material, exhortándolos a que informen los radicados de los procesos penales, las autoridades de la jurisdicción ordinaria que conocieron del proceso o la que vigila la pena si es del caso; allegados los datos, se investiga en fuentes públicas por procesos adicionales a los entregados y se amplía información a las distintas autoridades judiciales y administrativas; si la información no es remitida por las autoridades, se comisiona a la UIA para que realice las inspecciones judiciales necesarias y tendientes a la obtención de la información; como se expuso antes, en el evento en que la UIA no realice las inspecciones judiciales, algunos despachos las hacen a través de los profesionales adscritos a los despachos que tienen funciones de policía judicial.[39] La Sala se ha visto en la necesidad de realizar constantes reiteraciones a distintas autoridades e incluso a la UIA, que no siempre cuenta con la capacidad u organización para cumplir con las comisiones encomendadas por todos los despachos de las salas y secciones en el tiempo dispuesto para ello.

Una vez obtenida la información, y solo hasta este momento, se puede determinar si se cumplen los ámbitos de competencia de la JEP frente a los hechos objeto de estudio. En caso afirmativo, proceden a conceder los beneficios transicionales a los que haya lugar o determinar la ruta a seguir al interior de la Jurisdicción o por fuera de ella en los casos de rechazos o inadmisiones.

Así, la Sala también enfrenta otro desafío relacionado con la ampliación de información en sus trámites.[40] En pro de honrar el derecho fundamental al acceso a la administración de justicia, la inexistencia de un requisito mínimo probatorio para la presentación de solicitudes de beneficios transicionales ante la SAI plantea un reto sustancial en términos de gestión procesal y eficiencia judicial. La gran mayoría de solicitudes de beneficios no cuenta con la información necesaria para realizar un estudio de fondo inmediatamente. Es frecuente observar la recepción de solicitudes que carecen de información crucial, como nombres completos, números de identificación, radicados de procesos penales y las autoridades de la jurisdicción ordinaria que han conocido de dichos procesos.

Activada la competencia de la SAI con la presentación de las solicitudes, incluso de las más sencillas o escuetas, es imposible hacer un análisis preliminar de su viabilidad. Ello, por cuanto solo realizando los esfuerzos institucionales

[39] A través de las funciones de policía judicial conferidas en JEP - Órgano de Gobierno, Acuerdo ASP 001 de 2020, artículo 128, literal f.

[40] Facultad que tiene de conformidad con la Ley 1820 de 2016, cit., artículo 27, y con el Decreto 522 de 2018, artículo 2.2.5.5.3.4 (Presidencia de la República, *Diario Oficial* 50.536 de 15 de marzo de 2018).

por llenar los vacíos de información podrá llevarse a cabo un análisis que determine la procedencia o no de los beneficios. A lo largo de los años, esto ha implicado un desafío para abordar de manera focalizada aquellos casos que realmente sean de la competencia de la SAI porque, para identificarlos, primero debe surtirse el proceso de requerir la información que permita establecerla.

Si bien el número de solicitudes de beneficios de libertad y amnistía ha decrecido con los años, el hecho de que la duración de la SAI sea la misma que la de la JEP implica que después de seis años siguen llegando solicitudes, pero un número alto de estas recaen sobre conductas que ya tienen decisión de fondo, que no se relacionan con el actuar de las FARC-EP o que superan la competencia temporal de la Jurisdicción.

Ahora, el envío de información detallada por parte del solicitante o su apoderado no es un requisito para acceder a la JEP, pero hacerlo agilizaría la labor de la Sala. Así, la ampliación de información se limitaría a cuestiones puntuales y la SAI no tendría que proferir decisiones iniciales encaminadas a solicitar información fundamental y, luego, realizar impulsos procesales con tiempos de respuesta extendidos. Al respecto, la SA ha mencionado que es exigible a quien comparece ante la JEP el aporte de un mínimo de información que sirva para orientar el trabajo de cada Sala, pues, en todo caso, la carga de indicar qué procesos o investigaciones soportan la medida restrictiva de su libertad está en cabeza de quien comparece ante la JEP.[41]

Cuando la información no es suficiente, la SAI realiza una ampliación de la información que le permita definir si concede o no el beneficio transicional bajo estudio. Ello acarrea demoras, sea en el envío de información, por ejemplo, por parte de las autoridades del Estado a las que se les solicita la misma, o sea en su recolección por parte de la UIA y/o los despachos sustanciadores de la SAI, lo que repercute en la duración de los trámites ante la Sala. Ejemplos de la información que se solicita son: expedientes judiciales, investigaciones adelantadas, antecedentes disciplinarios y fiscales, cartilla biográfica, análisis de contexto, entrevistas a los solicitantes e información sobre la acreditación o no por parte de la OACP.

La SAI requiere el expediente de la jurisdicción ordinaria como elemento fundamental para el estudio sobre la procedencia de los beneficios de libertad y amnistía. Sin el expediente no le es posible analizar si se satisfacen los ámbitos de competencia temporal, personal y material de la Sala. Si bien alguien puede probar que perteneció a las FARC-EP con la acreditación otorgada por la OACP o por el CODA, lo cierto es que tres de las cinco formas de probar dicha pertenencia

[41] JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Sentencia Interpretativa TP-SA-Senit 2 de 2019, párrafo 133, pie de página 128, que cita la Sentencia TP-SA 198 de 2019, párrafos 38 a 41, donde se reitera el Auto TP-SA 152 de 2019, párrafo 17.

o colaboración dependen del expediente de la jurisdicción ordinaria, que también es requerido para el estudio de los ámbitos de competencia temporal y material.

La pandemia del covid-19 forzó a la justicia a transformar de manera abrupta los expedientes físicos en digitales, pese a que las operaciones cotidianas se gestionaban mayormente en papel. Este cambio implicó para la SAI que los expedientes no fueran remitidos hasta tanto no se digitalizaran; sin embargo, esos procesos no fueron igual de eficientes en todas las instituciones, lo que trajo como consecuencia una prolongación de los procesos en los trámites que adelantaba la Sala.

Asimismo, no todas las instituciones cuentan con infraestructura digital. Solo por poner un ejemplo, la Rama Judicial no ha logrado implementar en su totalidad la integración de todos los juzgados del país al sistema de gestión judicial "Siglo XXI", lo que se ha convertido en un obstáculo en términos de accesibilidad remota a la información de los procesos. Este escenario nos ha obligado a adoptar medidas, como llamadas telefónicas, correos electrónicos y comisiones de servicios a distintos municipios, aumentando la carga de trabajo y generando un desgaste en tiempo y recursos.

Por otro lado, el acceso a los expedientes de la Fiscalía General de la Nación ha sido históricamente un desafío, debido a la falta de claridad interna, desde la parte administrativa, en los procesos y procedimientos que se deben adelantar para la entrega de la información a la JEP. Los acuerdos de entendimiento entre ambas instituciones han contribuido en parte con estas dificultades; sin embargo, aún persiste la necesidad de reiterar constantemente la petición de la información.

Por otro lado, es frecuente observar casos en los que comparecientes buscan obtener amnistías por delitos respecto de los cuales ya recibieron los beneficios por parte de la jurisdicción ordinaria o del Presidente de la República con las amnistías administrativas. En los aludidos procedimientos, fue común encontrar que los beneficios eran concedidos, pero las personas beneficiadas no eran notificadas.

Esta fue una de las razones por las cuales el 21 de febrero de 2024 la SAI realizó la "comunicación de decretos de amnistía a más de 9.600 firmantes del Acuerdo Final de Paz",[42] con el propósito de notificar formalmente los beneficios concedidos a los exintegrantes de las FARC-EP, consistentes en amnistías de índole administrativa proferidas por la Presidencia de la República.

Finalmente, hay solicitantes que reiteran en varias ocasiones sus solicitudes de beneficios frente a hechos sobre los cuales ya se ha pronunciado la Sala. Entre 2022 y 2023, la SAI se estuvo a lo resuelto en decisiones anteriores en 168 oportunidades, que si bien no requieren en todos los casos un despliegue

[42] Evento al que asistieron el Alto Comisionado para la Paz, el presidente del Partido Comunes, antiguos negociadores del proceso de paz y garantes del proceso de reincorporación de la ARN.

probatorio, sí implican tiempo de trabajo para la proyección y notificación de las decisiones.

La relación con el conflicto armado como elemento medular para la competencia con la JEP

A lo largo de estos años y en las distintas interacciones judiciales y pedagógicas con los firmantes del Acuerdo que comparecen ante la SAI, se ha identificado que pese a los esfuerzos que se hicieron para explicar los alcances de los beneficios de amnistía y libertad, lo cierto es que existe una expectativa por parte de los comparecientes sobre recibir dichos beneficios por el solo hecho de haber pertenecido al grupo armado.

Preguntas como "¿por qué siguen en la cárcel firmantes del Acuerdo?" son una constante en nuestras interacciones, no solo con los firmantes, sino también con instituciones gubernamentales e internacionales. Ello demuestra un desconocimiento de las reglas básicas que se pactaron sobre la concesión de beneficios: los delitos por los cuales se puede recibir la libertad tienen que cumplir tres requisitos mínimos y concomitantes: haber sido cometidos por un exmiembro o excolaborador de las FARC-EP, o que esté siendo investigado por ellos; que los hechos hayan ocurrido antes del 1º de diciembre de 2016; y que tengan una relación con el conflicto armado con las FARC-EP.

Eso implica, entonces, que no todos los delitos cometidos por los ex FARC-EP son de competencia de la JEP y que, en consecuencia, no por todos pueden recibir beneficios transicionales. Hemos rechazado la concesión de beneficios en procesos donde las condenas estuvieron relacionadas con violencia intrafamiliar, feminicidio, homicidios por problemas personales o hechos cometidos en el marco de otros conflictos armados, entre otros,[43] que distan completamente de acciones que se hayan hecho en función de la pertenencia a las extintas FARC-EP y con la finalidad de apoyar, financiar o sustentar su esfuerzo de guerra.

Ejemplo de lo anterior, la Sala rechazó de plano la concesión de beneficios en el caso de una condena de homicidio agravado, otra de violencia intrafamiliar y una tercera por tentativa de feminicidio, pues el solicitante cometió estos tres delitos en contra tres de sus parejas sentimentales;[44] el exintegrante de las FARC-EP volvió a solicitar beneficios por otro feminicidio agravado cometido con posterioridad al 1° de diciembre de 2016.[45] Asimismo, se rechazó una so-

[43] Al respecto, ver JEP - Salas de Justicia, Sala de Amnistía o Indulto, Resolución SAI-AOI-D-MGM-076-2019 de 20 de agosto de 2019, Resolución SAI-AOI-R-MGM-613-2022 de 18 de diciembre de 2022, Resolución SAI-AOI-R-MGM-084-2024 de 26 de enero de 2024.

[44] Al respecto, ver JEP - Salas de Justicia, Sala de Amnistía o Indulto, Resolución SAI-AOI-D-MGM-076-2019 de 20 de agosto de 2019.

[45] Al respecto, ver JEP - Salas de Justicia, Sala de Amnistía o Indulto, Resolución SAI-AOI-D-IC-AS-MGM-012-2024 de 16 de enero de 2024.

licitud donde la persona fue condenada por actos realizados con la "Columna Dagoberto Ramos", grupo disidente surgido con posterioridad al AFP y del que hacen parte disidentes de diferentes grupos armados en el país.[46]

Quienes formulan críticas a la JEP –constructivas, pero descontextualizadas– no parecen considerar las dificultades de índole legal y constitucional, así como de obtención de información que surge en el proceso de otorgar beneficios definitivos en el contexto de la justicia transicional. Parte de la controversia se centra en la aparente tensión entre las expectativas generadas durante las negociaciones de paz y los fundamentos legales y constitucionales que condicionan la concesión de beneficios como la amnistía.

Desde la mesa de negociación del AFP se destacó la importancia de este instrumento para consolidar la seguridad jurídica de los exguerrilleros, pero la aplicación efectiva de estos beneficios enfrenta desafíos relacionados con el marco legal y constitucional vigente. Aunado a lo anterior, no se contemplaron las dificultades que tendría la SAI para la obtención de la información necesaria para el estudio sobre la procedencia del beneficio.

La SAI tiene como reto mayor la determinación de qué delitos son amnistiables, analizando los criterios de conexidad de las conductas con el delito político[47] y cuáles quedan excluidos, de conformidad con el listado del parágrafo del artículo 23 de la Ley 1820 de 2016.[48] Esta tarea no es trivial, pues involucra una evaluación minuciosa de las circunstancias específicas de cada caso, es decir, por cada hecho, y no por cada persona, pues una misma puede tener condenas o investigaciones por delitos amnistiables y/o no amnistiables y/o fuera de la competencia material de la JEP.

Así, es discutible la afirmación de que la reducida lesividad de los delitos para los cuales se contempla la amnistía sirve para diferenciar a aquellos que

---

[46] JEP - Salas de Justicia, Sala de Amnistía o Indulto, Resolución SAI-AOI-R-MGM-404-2022 de 23 de agosto de 2022.

[47] Ley 1820 de 2016, cit., artículo 23: "a) Aquellos delitos relacionados específicamente con el desarrollo de la rebelión cometidos con ocasión del conflicto armado, como las muertes en combate compatibles con el Derecho Internacional Humanitario y la aprehensión de combatientes efectuada en operaciones militares, o b) Aquellos delitos en los cuales el sujeto pasivo de la conducta es el Estado y su régimen constitucional vigente, o c) Aquellas conductas dirigidas a facilitar, apoyar, financiar u ocultar el desarrollo de la rebelión".

[48] *Ibid.*, artículo 23, parágrafo: "En ningún caso serán objeto de amnistía o indulto los delitos que correspondan a las conductas siguientes: a) Los delitos de lesa humanidad, el genocidio, los crímenes de guerra, 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, de conformidad con lo establecido en el Estatuto de Roma. En el evento de que alguna sentencia penal hubiere utilizado los términos ferocidad, barbarie u otro equivalente, no se podrá conceder amnistía e indulto exclusivamente por las conductas delictivas que correspondan a las aquí enunciadas como no amnistiables; b) Los delitos comunes que carecen de relación con la rebelión, es decir aquellos que no hayan sido cometidos en el contexto y en razón de la rebelión durante el conflicto armado o cuya motivación haya sido obtener beneficio personal, propio o de un tercero".

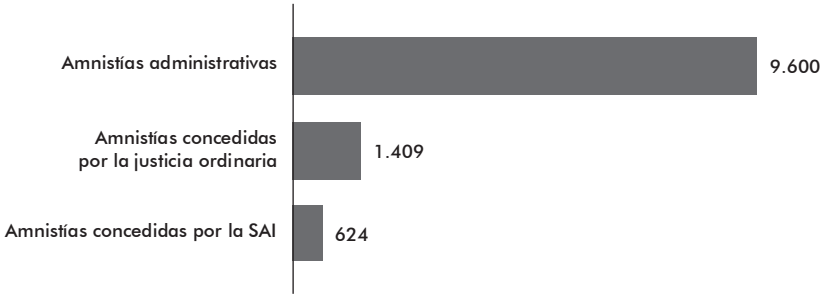
cometieron delitos políticos o conexos con ellos de aquellos que participaron en crímenes de mayor gravedad. La delimitación de la gravedad de los delitos debe darse caso a caso y luego de un análisis riguroso para garantizar que la amnistía, o la declaración de inamnistiabilidad, se aplique de manera coherente y justa.

Un ejemplo ostensible es la conducta de terrorismo. En el análisis de algunas conductas así calificadas por la jurisdicción ordinaria, la SAI concedió la amnistía al constatar que los hechos no alcanzaron el umbral de gravedad suficiente para ser crimen de guerra y fueron recalificados como conducta de rebelión.[49] En otros casos, la Sala determinó que los hechos calificados como terrorismo revestían tal gravedad, que constituyeron crímenes de guerra y, por tanto, no eran susceptibles de ser amnistiados.[50]

Estadísticas: las amnistías en el Sistema Integral para la Paz

A través de nueve decretos presidenciales, entre 2017 y 2018 se otorgaron 9.600[51] amnistías administrativas. La falta de comunicación efectiva de estos beneficios a sus destinatarios contribuyó a la percepción errónea de que solo un reducido número de exguerrilleros ha sido beneficiado. Aproximadamente 1.409 amnistías *de iure* fueron concedidas por la jurisdicción ordinaria en el marco de la Ley 1820 de 2016, con antelación a la entrada en funcionamiento de la JEP, y de las 624 concedidas por la SAI, 232 lo fueron en 2022 y 2023.[52]

GRÁFICA 1. TIPOS DE AMNISTÍAS CONCEDIDAS 2018-2023



[49] Al respecto, ver JEP - Salas de Justicia, Sala de Amnistía o Indulto, Resolución SAI-AOI-DAI-MGM-059-2023 de 10 de febrero de 2023; Resolución SAI-AOI-006-2019 de 4 de febrero de 2019.

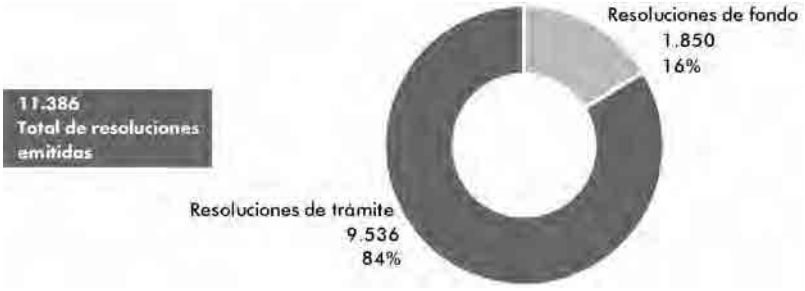
[50] Véase JEP - Salas de Justicia, Sala de Amnistía o Indulto, Resolución SAI-SUBB-AOI-D-030-2019 de 9 de octubre de 2019.

[51] Otorgadas mediante los siguientes decretos: 1033 de 12 de junio de 2017, 1096 de 27 de junio de 2017, 1165 de 10 de julio de 2017, 1565 de 25 de septiembre de 2017, 731 de 27 de abril de 2018, 1311 de 27 de julio de 2018, 1312 de 27 de julio de 2018, 1339 de 27 de julio de 2018 y 1340 de 27 de julio de 2018.

[52] JEP, "Acto de comunicación de los decretos de amnistía *de iure* a los firmantes de paz" [Rueda de prensa], 21 de febrero de 2024. Disponible en: Youtube, https://www.youtube.com/watch?v=aKFx1NGTG1w.

De las casi 30.000 resoluciones proferidas por la Sala a diciembre de 2023, al periodo comprendido entre los años 2022 y 2023 corresponden un total aproximado de 11.386 decisiones: 1.850 de fondo y 9.536 de trámite. Por otra parte, la Secretaría Judicial de la Sala distribuyó un total de 2.400 solicitudes entre los seis despachos. Durante este mismo lapso, se registraron 270 recursos interpuestos en impugnación a dichas decisiones. Eso implica que pese a ser un escenario judicial donde las solicitudes probatorias y los argumentos se deben presentar en el trámite de los asuntos respectivos, solo en el 14,6% de las decisiones proferidas en estos dos últimos años se interpusieron recursos.

GRÁFICA 2. PERIODO DE ANÁLISIS: 2022-2023
RESOLUCIONES EMITIDAS



La segunda cifra más relevante en las estadísticas son las remisiones de conductas a otras salas de justicia. Esto implica que el 19,30% de los casos fallados por la Sala corresponde a conductas no amnistiables que deben continuar su ruta al interior de la Jurisdicción, dado que la situación jurídica de la persona no puede definirse en la SAI. Este número podría ser fácilmente reducido con trámites administrativos desde la Secretaría Judicial. Por ejemplo, si los hechos del caso están relacionados con una desaparición forzada por la que se está investigando o fue condenado un exmiembro de las FARC-EP antes del 1º de diciembre de 2016, no tendría por qué llegar a la SAI, sino que debería seguir su ruta a la SRVR para que defina lo pertinente.

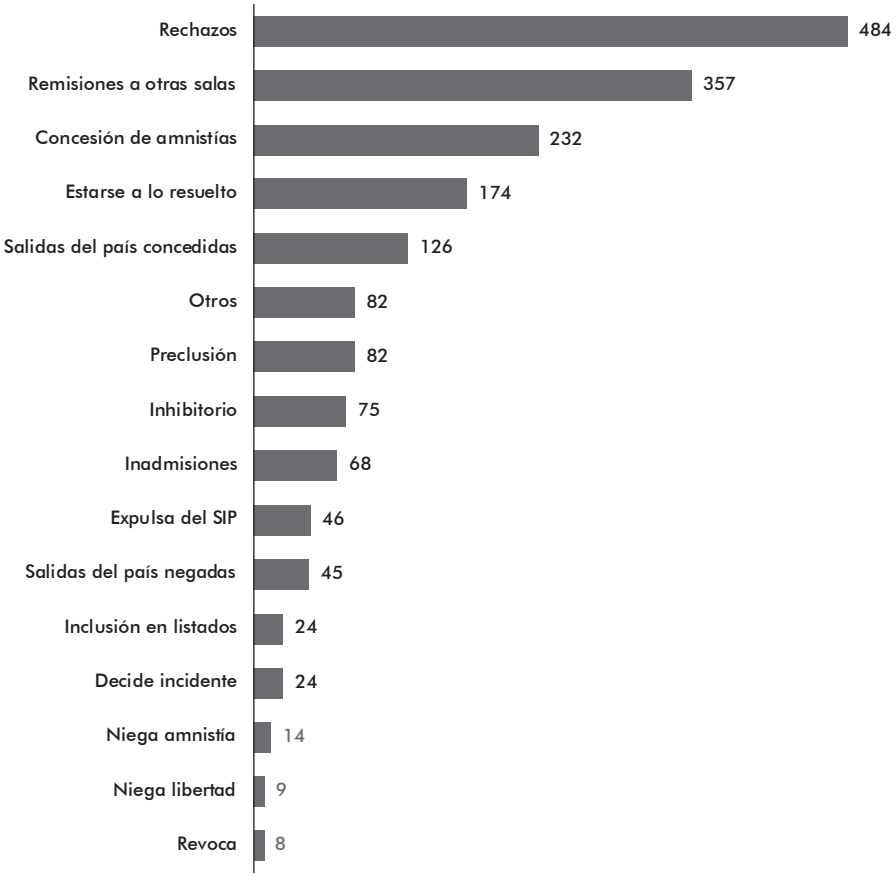
La tercera categoría corresponde a 232 decisiones de concesión de amnistía, pese a que el mayor número de decisiones estén relacionadas con el rechazo de solicitudes sin competencia y remisiones a otras salas de justicia. De forma preocupante se observa la categoría de "preclusión" en 82 casos. Ella contiene la terminación anticipada de los procesos por muerte de los solicitantes, la mayoría de ellos, fallecidos en hechos violentos.[53]

[53] Ante tal situación, la Sección de Primera Instancia para casos de Ausencia de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad profirió el Auto AT-057 de 29 de abril de 2020, por medio del cual avocó de oficio el trámite de medidas cautelares colectivas, con el fin de proteger los derechos fundamentales del grupo de mujeres y hombres de la Fuerza Pública y de las antiguas FARC-EP comparecientes ante la JEP. En igual sentido, la Corte Constitucional, mediante Sentencia SU020

Volviendo a las cifras de los recursos interpuestos, solo el 14,6% de las decisiones de fondo tomadas por la SAI fueron controvertidas por parte de la defensa o el Ministerio Público en el ejercicio de sus funciones constitucionales. Tal conclusión no busca fomentar el uso excesivo e innecesario de los medios de impugnación, sino más bien resalta que las objeciones presentadas en ámbitos políticos o públicos no siempre se traducen en cuestionamientos judiciales formales.

Esta diferencia entre las instancias judiciales y los debates públicos subraya la importancia de evaluar las decisiones judiciales en el contexto adecuado, en desarrollo del principio de doble conformidad y en consideración de que todas las decisiones de segunda instancia en la JEP son tomadas por un cuerpo colegiado de jueces.

GRÁFICA 3. PERIODO DE ANÁLISIS: 2022-2023
RESOLUCIONES DE FONDO



de 2022, declaró el estado de cosas inconstitucional (ECI) por el bajo nivel de cumplimiento en la implementación del componente de garantías de seguridad a favor de la población signataria del Acuerdo Final de Paz en proceso de reincorporación a la vida civil, de sus familias y de quienes integran el nuevo partido político Comunes.

La gráfica 3 presenta las providencias de fondo tomadas por la SAI.

Como fue expuesto en párrafos anteriores, ha habido un alto número de solicitudes presentadas a la SAI que han resultado improcedentes, traduciéndose en decisiones de rechazo e inadmisiones, que básicamente implican que la JEP no es competente o sobre la persona o sobre el hecho. El total de estas 552 decisiones corresponde al 29,8% del total de las adoptadas en 2022 y 2023.

Conclusiones

La SAI ha recorrido un camino complejo, lleno de desafíos en la consolidación de sus funciones en el marco del Sistema Integral para la Paz. A lo largo de este artículo detallamos lo más ampliamente posible la capacidad de la SAI para superar obstáculos iniciales y para adaptarse a circunstancias cambiantes en tiempos muy cortos con el fin de avanzar y conseguir los objetivos misionales para los que fue creada.

Como se expuso, la SAI se enfrentó a la abrumadora tarea de gestionar un gran volumen de solicitudes acumuladas desde la creación de la Secretaría Ejecutiva en el año 2017. La falta inicial de suficiente personal y la complejidad de los procesos judiciales asociados a los beneficios transicionales plantearon desafíos importantes que le permitieron a la Sala organizarse para autogestionarse e iniciar la emisión de las primeras decisiones que dieron pie a la construcción de la jurisprudencia. Para lo anterior, se implementaron medidas como la contratación temporal de profesionales, las movilidades de funcionarios y las movilidades de magistrados titulares junto con sus despachos para elaborar un "plan de choque" que le permitiera a la SAI agilizar la toma de decisiones relacionadas con el beneficio de libertad.

La expansión progresiva de la planta de personal desde abril de 2023 hasta agosto del mismo año marcó un hito positivo en relación con los recursos humanos que apoyan la Sala. Este aumento en el número de profesionales dedicados a los despachos se alineó con las funciones constitucionales y legales asignadas a la SAI, con lo que se ha empezado a notar un incremento en el número de decisiones emitidas por la Sala. No obstante, se reconoce que este proceso de implementación aún está en marcha, con las limitaciones propias del aprendizaje de los procedimientos por parte de los profesionales más nuevos, lo que se viene supliendo con capacitaciones y seguimientos a los procesos.

En el ámbito tecnológico, la contratación y adopción de los sistemas de gestión como Legal*i* y Cont*i* significó una respuesta a los retos identificados en el año 2019. A pesar de las dificultades iniciales, la SAI ha logrado superar los contratiempos asociados con la migración de la información y se ha mejorado la organización y accesibilidad de los expedientes judiciales a partes e intervinientes.

Por otra parte, el análisis detallado de los procedimientos incidentales revela la complejidad inherente a la gestión de casos relacionados con el presunto incumplimiento del régimen de condicionalidades. La reciente Sentencia Interpretativa Senit 4 de 2023 ha proporcionado una orientación importante a las salas para definir las sanciones en términos de gradualidad, pero la SAI se sigue enfrentando a desafíos de probar el "hecho incuestionable o notorio", lo que le exige adelantar investigaciones simultáneas con las de la FGN que permitan encontrar elementos materiales suficientes para desvirtuar la presunción de inocencia de los comparecientes, previo a que la jurisdicción ordinaria haya concluido el proceso penal.

Asimismo, la inclusión extraordinaria en los listados de la OACP continúa siendo un tema de gran relevancia y complejidad. Aunque la SAI ha establecido criterios rigurosos –pero más amplios que los de la SA–, la discusión continúa en relación con las formas de determinar más ágilmente la competencia de la JEP, buscando garantizar los derechos de quienes sí hacen parte del proceso, esto es, quienes habiendo pertenecido a las FARC-EP no han logrado acceder a los programas de reincorporación de la ARN.

A pesar de los aludidos desafíos, es imperativo destacar la importancia del trabajo realizado por la SAI en el contexto de la implementación del componente de justicia del AFP. La concesión de beneficios transicionales, así como la determinación de las rutas internas –como las remisiones a otras salas– o externas –como los rechazos e inadmisiones que devuelven el asunto a la jurisdicción ordinaria– de los asuntos ante la SAI han contado con la participación de víctimas, el acompañamiento del Ministerio Público, la verificación del cumplimiento de las obligaciones del régimen de condicionalidad y la materialización de la obligación de contribuir a la verdad por parte de los comparecientes. Esto no solo refleja el trabajo adelantado por la Sala para cumplir con su misionalidad, sino que también es un aporte para futuras iniciativas de procesos transicionales que se adelanten en Colombia o en otras partes del mundo.

Bibliografía

Duzán, María Jimena, "Lentitud en la JEP: ¿qué hay que mejorar en la justicia transicional?" [Episodio de pódcast de audio], *A Fondo*, 17 de agosto de 2022, Spotify. Disponible en: https://open.spotify.com/episode/6334EVL5vQWlZwKis3HMaR.

El Espectador, "La indignación de la JEP" [Comunicado de prensa], 23 de octubre de 2023. Disponible en: https://www.elespectador.com/opinion/columnistas/yesid-reyes-alvarado/la-indignacion-de-la-jep/.

El Espectador, "Dura carta del exsecretariado de FARC a Petro: advierten que se apartarían de JEP" [Comunicado de prensa], 7 de febrero de 2024. Disponible en: https://www.elespectador.com/colombia-20/

paz-y-memoria/carta-a-petro-por-secretariado-de-farc-critica-el-funcionamiento-y-decisiones-de-la-jep-timochenko/.

El Espectador, "Nueva carta de exsecretariado de las FARC dice que la JEP se está 'descarrilando'" [Comunicado de prensa], 19 de febrero de 2024. Disponible en: https://www.elespectador.com/colombia-20/jep-y-desaparecidos/carta-de-exsecretariado-de-las-farc-dice-que-la-jep-se-esta-descarrilando/.

Fiscalía General de la Nación, *Periodo del fiscal general de la nación, Néstor Humberto Martínez Neira. 2016-2019*, Serie Documentos 34. Disponible en: https://www.fiscalia.gov.co/colombia/wp-content/uploads/Informe-de-avances.-Versi%C3%B3n-final_.pdf.

Giraldo Muñoz, Marcela, "Una aproximación al desarrollo del beneficio de amnistía en la Jurisdicción Especial para la Paz", en Danilo Rojas Betancourth (ed.), *La JEP vista por sus jueces (2018-2019)*, Bogotá, JEP, 2020. Disponible en: https://www.jep.gov.co/Documents/LA%20JEP%20VISTA%20POR%20SUS%20JUEVES.pdf.

Legislación y jurisprudencia

Congreso de la República de Colombia, Ley 599 de 2000, Por la cual se expide el Código Penal, *Diario Oficial* 44.097 de 24 de julio de 2000. Disponible en: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0599_2000.html.

Congreso de la República de Colombia, Ley 1908 de 2018, Por medio de la cual se fortalecen la investigación y judicialización de organizaciones criminales, se adoptan medidas para su sujeción a la justicia y se dictan otras disposiciones, *Diario Oficial* 50.649 de 9 de julio de 2018. Disponible en: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1908_2018.html.

Congreso de la República de Colombia, Ley 1820 de 2016, Por medio de la cual se dictan disposiciones sobre amnistía, indulto y tratamientos penales especiales y otras disposiciones, *Diario Oficial* 50.102 de 30 de diciembre de 2016. Disponible en: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1820_2016.html.

Congreso de la República de Colombia, Ley 1922 de 2018, Por medio de la cual se adoptan unas reglas de procedimiento para la Jurisdicción Especial para la Paz, *Diario Oficial* 50.658 de 18 de julio de 2018. Disponible en: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1922_2018.html.

Congreso de la República de Colombia, Ley 1957 de 2019, Estatutaria de la Administración de Justicia en la Jurisdicción Especial para la Paz, *Diario Oficial* 50.976 de 6 de junio 2019. Disponible en: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1957_2019.html.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-080 de 15 de agosto de 2018, M. P. Antonio José Lizarazo Ocampo.
Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU-020 de 27 de enero de 2022, M. P. Cristina Pardo Schlesinger.
JEP - Órgano de Gobierno, Acuerdo 030 de 2 agosto de 2018.
JEP - Órgano de Gobierno, Acuerdo AOG 11 de 7 de febrero de 2019.
JEP - Órgano de Gobierno, Acuerdo AOG 013 de 11 de febrero de 2019.
JEP - Órgano de Gobierno, Acuerdo AOG 019 de 12 de marzo de 2019.
JEP - Órgano de Gobierno, Acuerdo AOG 026 de 12 de abril de 2019.
JEP - Órgano de Gobierno, Acuerdo AOG 035 de 9 de julio de 2019.
JEP - Órgano de Gobierno, Acuerdo AOG 040 de 16 de agosto de 2019.
JEP - Órgano de Gobierno, Acuerdo AOG 041 de 16 de agosto de 2019.
JEP - Órgano de Gobierno, Acuerdo AOG 043 de 10 de septiembre de 2019.
JEP - Órgano de Gobierno, Acuerdo AOG 060 de 26 de diciembre de 2019.
JEP - Órgano de Gobierno, Acuerdo AOG 004 de 11 de febrero de 2020.
JEP - Órgano de Gobierno, Acuerdo ASP 001 de 2 de marzo de 2020.
JEP - Órgano de Gobierno, Acuerdo AOG 015 de 22 de abril de 2020.
JEP - Órgano de Gobierno, Acuerdo AOG 016 de 22 de abril de 2020.
JEP - Órgano de Gobierno, Acuerdo AOG 017 de 22 de abril de 2020.
JEP - Órgano de Gobierno, Acuerdo AOG 019 de 22 de abril de 2020.
JEP - Órgano de Gobierno, Acuerdo AOG 027 de 29 de mayo de 2020.
JEP - Órgano de Gobierno, Acuerdo AOG 050 de 20 de noviembre de 2020.
JEP - Órgano de Gobierno, Acuerdo AOG 014 de 13 de mayo de 2021.
JEP - Órgano de Gobierno, Acuerdo AOG 018 de 14 de julio de 2022.
JEP - Órgano de Gobierno, Acuerdo AOG 027 de 14 de octubre de 2022.
JEP - Presidencia, Resolución 011 del 20 de abril de 2018.
JEP - Salas de Justicia, Sala de Amnistía o Indulto, Resolución SAI-AOI-006-2019 de 4 de febrero de 2019.
JEP - Salas de Justicia, Sala de Amnistía o Indulto, Resolución SAI-AOI-D-MGM-076-2019 de 20 de agosto de 2019.
JEP - Salas de Justicia, Sala de Amnistía o Indulto, Resolución SAI-SUBB-AOI-D-030-2019 de 9 de octubre de 2019.
JEP - Salas de Justicia, Sala de Amnistía o Indulto, Resolución SAI-AOI-R-MGM-404-2022 de 23 de agosto de 2022.
JEP - Salas de Justicia, Sala de Amnistía o Indulto, Resolución SAI-AOI-R-MGM-613-2022 de 18 de diciembre de 2022.
JEP - Salas de Justicia, Sala de Amnistía o Indulto, Resolución SAI-AOI-DAI-MGM-059-2023 de 10 de febrero de 2023.

JEP - Salas de Justicia, Sala de Amnistía o Indulto, Resolución SAI-AOI-D-IC-AS-MGM-012-2024 de 16 de enero de 2024.
JEP - Salas de Justicia, Sala de Amnistía o Indulto, Resolución SAI-AOI-R-MGM-084-2024 de 26 de enero de 2024.
JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Sentencia TP-SA 17 de 1° de noviembre de 2018.
JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 152 de 24 de abril de 2019.
JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 198 de 11 de junio de 2019.
JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Sentencia TP-SA 224 de 11 de julio de 2019.
JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 289 de 13 de septiembre de 2019.
JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Sentencia Interpretativa TP-SA-Senit 2 de 9 de octubre de 2019.
JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 442 de 30 de enero de 2020.
JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 453 de 5 de febrero de 2020.
JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Sentencia TP-SA-AM 168 de 18 de junio de 2020.
JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 1084 de 24 de marzo de 2022.
JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 1096 de 06 de abril de 2022.
JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 1167 de 7 de julio de 2022.
JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 1230 de 14 de septiembre de 2022.
JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 1315 de 29 de diciembre de 2022.
JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 1321 de 29 de diciembre de 2022.
JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 1322 de 29 de diciembre de 2022.
JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 1334 de 18 de enero de 2023.
JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 1362 de 22 de febrero de 2023.

JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 1410 de 26 de abril de 2023.
JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Sentencia Interpretativa TP-SA-Senit 4 de 26 de abril de 2023.
JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 1414 de 4 de mayo de 2023.
JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 1446 de 15 de junio de 2023.
JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Sentencia TP-SA 363 de 19 de julio de 2023.
JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 1532 de 1° de noviembre de 2023.
JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Sentencia TP-SA 385 de 20 de diciembre de 2023.
JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Primera Instancia para Casos de Ausencia de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad, Auto AT-057 de 29 de abril de 2020.
Presidencia de la República de Colombia, Decreto-Ley 899 de 2017, Por el cual se establecen medidas e instrumentos para la reincorporación económica y social colectiva e individual de los integrantes de las FARC-EP conforme al Acuerdo Final, suscrito entre el Gobierno Nacional y las FARC-EP el 24 de noviembre de 2016, 29 de mayo de 2017.
Presidencia de la República de Colombia, Decreto 1033 de 2017, Por el cual se aplica una amnistía en los términos de la Ley 1820 de 2016, y se dictan otras disposiciones, 12 junio de 2017.
Presidencia de la República de Colombia, Decreto 1096 de 2017, Por el cual se aplica una amnistía en los términos de la Ley 1820 de 2016, y se dictan otras disposiciones, 27 junio de 2017.
Presidencia de la República de Colombia, Decreto 1165 de 2017, Por el cual se aplica una amnistía en los términos de la Ley 1820 de 2016, y se dictan otras disposiciones, 10 julio de 2017.
Presidencia de la República de Colombia, Decreto 1565 de 2017, Por el cual se aplica una amnistía en los términos de la Ley 1820 de 2016, y se dictan otras disposiciones, 25 de septiembre de 2017.
Presidencia de la República de Colombia, Decreto 522 de 2018, por el cual se adiciona el Decreto 1069 de 2015, Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Justicia, y se reglamenta parcialmente la Ley 1820 de 2016, 15 de marzo de 2018.
Presidencia de la República de Colombia, Decreto 731 de 2018, Por el cual se aplica una amnistía en los términos de la Ley 1820 de 2016, y se dictan otras disposiciones, 27 de abril de 2018.

Presidencia de la República de Colombia, Decreto 1311 de 2018, Por el cual se aplica una amnistía en los términos de la Ley 1820 de 2016, y se dictan otras disposiciones, 27 de julio de 2018.
Presidencia de la República de Colombia, Decreto 1312 de 2018, Por el cual se aplica una amnistía en los términos de la Ley 1820 de 2016, y se dictan otras disposiciones, 27 de julio de 2018.
Presidencia de la República de Colombia, Decreto 1339 de 2018, Por el cual se aclaran unos decretos por medio de los cuales se aplica una amnistía en los términos de la Ley 1820 de 2016, y se dictan otras disposiciones, 27 de julio de 2018.
Presidencia de la República de Colombia, Decreto 1340 de 2018, Por el cual se aplica una amnistía en los términos de la Ley 1820 de 2016, y se dictan otras disposiciones, 27 de julio de 2018.

15

El trámite de incidentes de incumplimiento del régimen de condicionalidad en la Sala de Amnistía o Indulto*

‹**ALEXANDRA SANDOVAL MANTILLA**› Magistrada de la Sala de Amnistía o Indulto
‹**ANDREA MOLANO ARAQUE**› Profesional especializada Grado 33 de la Sala de Amnistía o Indulto

Resumen: El presente artículo describe, de forma general, el desarrollo normativo y jurisprudencial del incidente de incumplimiento del régimen de condicionalidad y, de forma específica, analiza la aplicación que la Sala de Amnistía o Indulto (SAI) ha dado a este procedimiento. Dentro de la JEP, la SAI es la instancia que más ha adelantado este tipo de trámite, por lo que su experiencia muestra los desarrollos y retos en la materia.

Palabras clave: Sala de Amnistía o Indulto; incidente de incumplimiento; régimen de condicionalidad; desertor armado manifiesto.

Abstract: In general terms, this article describes the normative and jurisprudential development of the proceedings related to non-compliance with the conditionality regime, and, in particular, it analyzes how the Amnesty or Pardon Chamber (SAI) has applied it. The SAI is the chamber that in the JEP has conducted this proceeding the most, so its experience illustrates the developments and challenges involved.

Keywords: Amnesty or Pardon Chamber; non-compliance proceeding; conditionality regime; evident armed deserter.

* Las opiniones de las autoras son de su exclusiva responsabilidad y no reflejan necesariamente el parecer de la Jurisdicción Especial para la Paz.

Introducción

El régimen de condicionalidad es una de las innovaciones del Acuerdo Final de Paz (AFP). La idea de que quienes se encuentren acogidos al Sistema Integral para la Paz (SIP) deben cumplir una serie de obligaciones para acceder y mantener los beneficios transicionales, no es común en otros acuerdos de paz similares al colombiano. Sin embargo, el régimen de condicionalidad responde a la necesidad de garantizar que las y los comparecientes que reciben beneficios transicionales tan amplios, como la libertad condicionada o la amnistía, a su vez, queden comprometidos con una serie de obligaciones con el SIP, con las víctimas y con la sociedad colombiana.

Ahora bien, al imponerse una serie de obligaciones que deben ser cumplidas por las personas sometidas ante la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP), se creó la necesidad de, en primer lugar, vigilar el cumplimiento del régimen de condicionalidad por parte de todas las personas acogidas en la JEP y, en segundo lugar, determinar las consecuencias legales de su incumplimiento. En consecuencia, se estableció un procedimiento particular denominado *incidente de incumplimiento del régimen de condicionalidad* (IIRC),[1] mediante el cual se determinó el procedimiento que la Jurisdicción debe seguir cuando las obligaciones del régimen no sean acatadas. Lo anterior, teniendo en cuenta que las consecuencias de un incumplimiento pueden acarrear desde la pérdida de beneficios previamente recibidos, hasta incluso la exclusión del SIP.

El presente artículo se concentra entonces, de forma general, en describir el desarrollo normativo y jurisprudencial del incidente de incumplimiento y, de forma específica, en analizar la aplicación que la Sala de Amnistía o Indulto (SAI) ha dado a este procedimiento. Si bien todas las salas y secciones de la JEP cuentan con la competencia para adelantar incidentes de incumplimiento, lo cierto es que, en la práctica, la SAI es la instancia que más ha enfrentado esta labor.[2] Esto se debe a diversas causas que van desde razones estructurales, como los problemas de reincorporación de los miembros o colaboradores de las extintas FARC-EP, hasta la manera en que la información sobre posibles incumplimientos llega a la JEP. Por este motivo, la experiencia de la SAI en esta materia no solamente constituye la práctica más constante de este tipo de procedimiento, sino que, además, permite develar problemas y debates que no son coyunturales.

Teniendo en cuenta el objetivo del artículo, aquí se abordará i) una descripción detallada sobre el régimen de condicionalidad y el trámite de incidentes de incumplimiento; ii) la evolución jurisprudencial del incidente, para identificar

[1] Congreso de la República de Colombia, Ley 1922 de 2018, *Diario Oficial* 50.658 de 18 de julio de 2018, artículos 67, 68 y 69.

[2] De acuerdo con las cifras comparativas entre salas, aportadas por el Departamento de Planeación de la JEP, la SAI ha abierto 117 incidentes; la Sala Definición reportó 44; la Sala de Reconocimiento, 11; y la Sección de Apelación, 8.

las sentencias hito de la Sección de Apelación (SA) en la materia; iii) la aplicación de estos procedimientos, para exponer los debates a los que se enfrenta la Sala; iv) finalmente, a manera de conclusión, se expondrán ciertas críticas y preocupaciones derivadas del trámite de los incidentes de incumplimiento.

Sobre el régimen de condicionalidad y los incidentes de incumplimiento

El régimen de condicionalidad se estructura en el intercambio. Quien se desmoviliza en el marco de un proceso de paz espera recibir garantías judiciales y administrativas, pero, a su vez, asume compromisos con la sociedad y con las víctimas. La Corte Constitucional ha sido clara sobre este punto, al afirmar que el otorgamiento de beneficios que extinguen la acción penal o la pena, que la suspenden o que conceden la libertad provisionalmente, no puede ser incondicional.[3] Tanto acceder como mantener los tratamientos especiales[4] exige, como mínimo, aportar verdad plena, reparar a las víctimas y garantizar la no repetición.[5] Este conjunto de compromisos es lo que se conoce como régimen de condicionalidad, el cual yace en un equilibrio entre "la flexibilización en los estándares regulares y ordinarios de justicia" y "una ganancia en términos de acceso a la verdad, de la reparación integral a las víctimas, y de implementación de garantías de no repetición de los hechos que dieron lugar a la vulneración de derechos".[6] Por esto, su cumplimiento debe darse por el término de vigencia de la JEP.[7]

Cuando se valoró la constitucionalidad del Acto Legislativo 01 de 2017, la Corte Constitucional sostuvo que el régimen de condicionalidad debía regirse por los criterios de dejación de armas, la obligación de contribuir y garantizar la reincorporación a la vida civil, garantizar la no repetición y abstenerse de cometer delitos nuevos, contribuir a la reparación de las víctimas, aportar a la verdad plena y entregar a los menores de edad.[8] Todas esas obligaciones hacen parte del régimen de condicionalidad, tal como fue consagrado en el artículo

---

3 Corte Constitucional, Sentencia C-007 de 2018, M. P. Diana Fajardo Rivera, párrafo 678.

4 Los tratamientos especiales de justicia "se encuentran regulados por diferentes instrumentos normativos de implementación del Acuerdo Final como el Acto Legislativo 01 de 2017 y la Ley 1820 de 2016, entre otros, los siguientes: (i) el tratamiento penal especial; (ii) el tratamiento penitenciario especial; (iii) la exención de la responsabilidad disciplinaria y administrativa; (iv) la extinción de la obligación de indemnizar, en algunos casos, sin perjuicio de la obligación general de reparar de los responsables y del Estado; (v) la garantía de no extradición; y (vi) el tratamiento especial en materia de inhabilidades (Corte Constitucional, Sentencia C-080 de 2018, M. S. Antonio José Lizarazo Ocampo, 4.1.7.).

5 Los compromisos que asume la persona que decide someterse al Sistema Integral para la Paz se mantienen tanto para recibir tratamientos especiales como para preservarlos (Corte Constitucional, Sentencia C-674 de 2017, M. P. Luis Guillermo Guerrero Pérez, 5.5.1.1.).

6 Corte Constitucional, Sentencia C-674 de 2017, cit., 5.5.1.1; Sentencia C-080 de 2018, cit., 4.1.8.

7 Congreso de la República de Colombia, Ley 1820 de 2016, *Diario Oficial* 50.102 de 30 de diciembre de 2016, artículo 35; Corte Constitucional, Sentencia C-007 de 2018, cit.

8 Corte Constitucional, Sentencia C-007 de 2018, cit., párrafo 684.

20 de la Ley Estatutaria de la JEP (Ley 1957 de 2019).[9] Como se observa, algunos de los compromisos primigenios integran condiciones de acceso al Sistema que debieron cumplirse con la firma del Acuerdo Final de Paz, como la entrega de las armas y de los menores de edad, mientras que otros se conservan para mantener las prerrogativas que se recibieron desde la desmovilización o para acceder a otras contempladas en el SIP. En cualquier caso, las obligaciones que componen el régimen de condicionalidad se han venido adaptando a las particularidades de los trámites que se adelantan en la JEP y de los comparecientes.

Una versión más depurada y general de las obligaciones que componen el régimen de condicionalidad comprende las siguientes: a) dejar las armas y no volver a delinquir; b) someterse al SIP; c) informar sobre el cambio de residencia y solicitar autorización para salir del país; d) aportar verdad plena; y e) contribuir a la reincorporación.[10] Sobre el compromiso de dejación de armas, la Corte Constitucional contempló que se trata de un deber esencial de acceso y permanencia, pero, a su turno, es la "consecuencia práctica del derecho a la paz", entendida como "el fin de las hostilidades y el fin del conflicto armado".[11] Asociado a la garantía de no repetición, en el plano de la responsabilidad individual, se suma el deber de no volver a integrar grupos rebeldes, agrupaciones armadas organizadas o de delincuencia común.[12] De todas las obligaciones, desde la perspectiva del objetivo del Acuerdo Final de Paz, esta es la más importante por su relación con otras obligaciones, como la reincorporación, y porque su incumplimiento es una afrenta directa a la esperanza histórica de construir una realidad que no esté permeada por el conflicto armado. Por esto, las consecuencias de su incumplimiento son las más severas.

Dicho compromiso se complementa con la obligación de no volver a delinquir. En el artículo 20 de la Ley 1957 de 2017 se determinó que los comparecientes tienen el deber de abstenerse de cometer delitos dolosos cuya pena de prisión mínima sea igual o mayor a cuatro años y que afecten alguno de los bienes jurídicos listados, entre ellos, la libertad, la vida e integridad y la salud pública. En estos casos, la Corte Constitucional especificó que se trata de conductas punibles que no necesariamente implican "la deserción o la reactivación de la participación en la violencia armada"[13] y cuya competencia se mantiene en la jurisdicción ordinaria. Las consecuencias de este incumplimiento variarán

[9] Para las FARC-EP se plantean especialmente las obligaciones de dejar las armas, garantizar la reincorporación y entregar a los menores de edad.

[10] JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 288 de 13 de septiembre de 2019, párrafo 24.

[11] Corte Constitucional, Sentencia C-080 de 2018, cit., 4.1.8.1.

[12] JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 1230 de 14 de septiembre de 2022.

[13] Corte Constitucional, Sentencia C-080 de 2018, cit., 4.1.8.2.

dependiendo del análisis que se realice por parte de los operadores jurídicos en la JEP en el marco de un incidente de incumplimiento.

La segunda obligación se refiere al sometimiento al SIP. Esta es una condición de mantenimiento que implica comparecer efectivamente ante la Jurisdicción, o ante otras entidades del Sistema,[14] cuando se requiera su participación en trámites que se adelanten a su favor, así como en otros escenarios en los que su intervención pueda contribuir a la construcción de la verdad o a la reparación de las víctimas.[15] De aquí que esté interrelacionada con las obligaciones de aportar verdad plena y de informar sobre algún cambio de residencia o solicitar autorización para salir del país.[16] Cabe destacar que la asistencia de los comparecientes a diligencias públicas y otros espacios judiciales, además de ser un deber, simboliza y materializa su compromiso con los objetivos del Acuerdo de Paz.

Ahora bien, de acuerdo con la Sección de Apelación (SA), la tercera obligación, que consiste en mantener actualizados los datos de contacto y solicitar autorización para salir del país, se exige especialmente a los comparecientes que han recibido beneficios provisionales,[17] es decir, libertad condicionada o condicional.[18] Con ocasión de este beneficio, esta población queda a disposición de la JEP, de modo que contar con su información actual es indispensable para poder contactarlos (a fin de requerir su participación puntual en algún trámite) o notificarles las decisiones que los vinculen.[19] En una decisión reciente, la SA aclaró que quienes hayan recibido amnistía *de iure* no deben solicitar autorización para salir del país, toda vez que gozan de una libertad definitiva.[20] Sin embargo, al ser este un beneficio transicional, estas personas podrían tener una restricción por cuenta de la JEP, si hay, por ejemplo, una diligencia judicial programada que requiera su asistencia.

La cuarta obligación alude al deber de aportar verdad plena.[21] Esta obligación es tan importante como compleja, ya que se exige un relato exhaustivo y detallado de los hechos sobre los que se tiene conocimiento sin que esto

---

[14] En su momento, era obligatoria la comparecencia ante la Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad en caso de requerirse. Hoy, continúa la Unidad de Búsqueda de Personas dadas por Desaparecidas.

[15] JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 288 de 13 de septiembre de 2019.

[16] La obligación de informar sobre los cambios de residencia o solicitar autorización para salir del país no aplican para quienes no estén gozando de un beneficio transicional liberatorio. Al respecto, es clave consultar el Auto TP-SA 1410 de 26 de abril de 2023.

[17] Son provisionales en tanto su vigencia se mantiene hasta que se resuelve de manera definitiva su situación jurídica.

[18] JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 288 de 13 de septiembre de 2019, párrafo 44.

[19] *Idem*.

[20] JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 1410 de 26 de abril de 2023, párrafo 15.

[21] Congreso de la República de Colombia, Ley 1957 de 2019, *Diario Oficial* 50.976 de 6 de junio de 2019, artículo 20, inciso primero.

implique la aceptación de responsabilidades.[22] La SA ha precisado que, para los comparecientes voluntarios, el aporte de verdad debe ir "más allá de lo establecido en la jurisdicción ordinaria"[23] como condición de acceso a la Jurisdicción, mientras que en el caso de los comparecientes obligatorios es un requisito para mantenerse en la JEP o acceder a tratamientos judiciales especiales en trámites que se adelanten a su favor. Según la SA, en la valoración del cumplimiento de esta obligación se debe considerar asimismo "la disposición que la persona muestre a atender los llamados de la JEP y de las otras instancias del [SIP]".[24] No obstante, esta segunda condición pareciera estar más relacionada con el deber de sometimiento. La disposición de aportar verdad tendría que valorarse desde la aptitud del compareciente por confeccionar un relato completo y veraz, soportado en hechos claros (fechas cercanas, delimitación geográfica, testigos) que faciliten su contrastación con otras versiones tanto de comparecientes como de víctimas. A partir de lo anterior, el incumplimiento de esta obligación se podría presentar si se entrega información falsa de manera intencional,[25] si la información que se entrega es insuficiente o si el compareciente mantiene una aptitud reticente en los espacios de aporte de verdad.[26]

Por último, se encuentra el compromiso de reincorporarse a la vida civil. Los comparecientes que dejan las armas lo hacen con el objetivo de extraerse de las dinámicas violentas de la confrontación armada y adquieren la responsabilidad tanto social como personal de ajustar sus condiciones de vida a la legalidad. La reincorporación busca evitar la reproducción de las condiciones generadoras de violencia a través de acciones que contribuyan a la paz y a la reparación de los daños,[27] así como a la planificación de proyectos de vida sin armas. En esta línea, el cumplimiento de esta obligación se verificaría en la participación de los comparecientes en proyectos productivos, en actividades

[22] Sin embargo, la Sección de Apelación ha afirmado: "El deber de aportar verdad plena no implica la obligación de aceptar responsabilidades, cuando no hay lugar a ello. Las personas sometidas a la JEP pueden actuar como testigos, caso en el cual deben informar sobre todos los hechos de que tengan conocimiento. Pero, si son responsables de delitos cometidos en el marco del conflicto armado, deben aceptar responsabilidad como condición previa para acceder a las sanciones propias y alternativas, y para cumplir el régimen de condicionalidad pertinente a los demás beneficios transicionales. Si no lo hacen y, por el contrario, se declaran inocentes, deberán asumir las consecuencias derivadas de que se pruebe que incumplieron el deber de aportar verdad plena" (JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 288 de 13 de septiembre de 2019, párrafo 48).

[23] JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 1488 de 24 de agosto de 2023, párrafo 25.

[24] JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 288 de 13 de septiembre de 2019, párrafo 52.

[25] Ley 1957 de 2019, cit., artículo 20, parágrafo 2.

[26] JEP - Salas de Justicia, Sala de Amnistía o Indulto, Resolución, SAI-AOI-I-ASM-013-2022 de 21 de octubre de 2022, asunto de Mauricio Parra Rodríguez y Paola Andrea Parra Marín.

[27] JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 288 de 13 de septiembre de 2019, párrafo 55.

que promuevan la reconstrucción del tejido social o el crecimiento comunitario, personal y familiar. Por otra parte, es claro que en este componente del régimen de condicionalidad el Estado tiene un rol activo. Debe garantizar la seguridad de los comparecientes y facilitarles las condiciones para el desarrollo de actividades de reincorporación desde las esferas individual y social.[28]

Por la trascendencia de este régimen de condicionalidad para el éxito del proceso de paz, se dispuso, en cabeza de la JEP, la competencia para pronunciarse acerca de los incumplimientos de sus obligaciones. Desde los principios de integralidad, proporcionalidad y gradualidad,[29] se deben determinar las consecuencias del incumplimiento. Estas pueden incluir la imposibilidad de acceder a tratamientos especiales o la pérdida de la competencia de la JEP. La integralidad apunta a la concepción sistémica de los componentes creados desde el Acuerdo Final de Paz, es decir que las condiciones que sujetan a los comparecientes aplican para cada uno de los componentes y un incumplimiento puede tener repercusiones en todos ellos. Por ejemplo, si un compareciente es requerido por la Unidad de Personas dadas por Desaparecidas, pero no se presenta, tras analizar el incumplimiento se puede arribar a una consecuencia en el plano de los beneficios judiciales otorgados por la JEP. Por proporcionalidad se entiende que las consecuencias del incumplimiento deben ser proporcionales a su gravedad, "su naturaleza y el tratamiento otorgado".[30] Finalmente, de acuerdo con el principio de gradualidad, "no cualquier incumplimiento da lugar a la pérdida de todos los beneficios, sino que se [deben] graduar sus consecuencias, distinguiendo los diferentes niveles de responsabilidad, la gravedad e intencionalidad del incumplimiento y la afectación de las finalidades del [SIP]".[31] La Corte Constitucional resumió el contenido de los principios de proporcionalidad y gradualidad, al indicar que "no cualquier incumplimiento tendrá consecuencias; y que no todo incumplimiento con consecuencias tiene idénticas repercusiones".[32]

---

[28] *Idem*. Sobre este aspecto, en el auto citado, la SA destacó que debe haber garantías individuales y beneficios de carácter social. Las primeras se representan en "acceso a servicios básicos y en prestaciones que les procuren una subsistencia digna y la creación de medios de vida que reduzcan el riesgo de reincidencia en la criminalidad durante la fase inicial del proceso de reincorporación". Los segundos son "medidas complementarias de las anteriores, y buscan crear las condiciones para la recuperación y estabilidad económica de los excombatientes y sus familias, para la implementación de medios de vida que reduzcan el riesgo de reincidencia en la criminalidad y para promover la reincorporación comunitaria en el territorio, mediante el fortalecimiento del tejido social, la convivencia y la reconciliación. Los beneficios sociales comprenden proyectos productivos colectivos, el seguro de vida y los planes y programas sociales" (*ibid*., párrafos 56 y 57).

[29] Corte Constitucional, Sentencia C-674 de 2017, cit., 5.5.1.1.

[30] Corte Constitucional, Sentencia C-080 de 2018, cit., 4.1.8.

[31] *Idem*.

[32] Corte Constitucional, Sentencia C-007 de 2018, cit., párrafo 699.

Los incumplimientos del régimen de condicionalidad se deben valorar, en términos generales, dentro de un trámite denominado incidente de incumplimiento. Este se encuentra regulado en la Ley de Procedimiento de la JEP,[33] donde se dispone que todo incumplimiento "debe ser verificado caso a caso y de manera rigurosa por la [Jurisdicción]".[34] De allí que el trámite incidental sea un escenario idóneo, creado para facilitar el debate probatorio y el derecho a la defensa. Por esto, desde su apertura, se corre un traslado común para que las víctimas, el compareciente, su abogado(a) y el Ministerio Público soliciten o presenten pruebas. Estas serán valoradas por la autoridad competente bajo la lupa de su necesidad, pertinencia y utilidad, y, consecuentemente, se decretarán. El fin de este trámite corto, pero riguroso, es verificar el incumplimiento, observar si hay o no algún evento que lo justifique, valorar su gravedad y graduar proporcionalmente la sanción. En el siguiente acápite se hará una revisión más detallada del incidente de incumplimiento del régimen de condicionalidad y otras propuestas relacionadas que han sido desarrolladas jurisprudencialmente.

Evolución del incidente de incumplimiento en la JEP

Una vez revisado en qué consiste el régimen de condicionalidad, cuáles son las obligaciones que lo componen y qué podría resultar si estas obligaciones se defraudan, se abordarán, desde la jurisprudencia y las normas aplicables, tres momentos o etapas del procedimiento del incidente de incumplimiento del régimen de condicionalidad. En estas etapas se planteará cómo ha sido definido el contenido del análisis de las presuntas faltas, qué excepciones se han aceptado a la obligación de tramitar el incidente y qué otras alternativas se avalaron a partir del principio de celeridad y los propósitos de la justicia restaurativa.

Primera etapa: estructura de análisis del incidente de incumplimiento

La resolución de un incidente de incumplimiento del régimen de condicionalidad mantiene una estructura que se ha definido y pulido por vía jurisprudencial. Dicha estructura consigna una serie de pasos, cada uno de los cuales requiere un análisis específico, que puede ser resumido en dos partes: la primera consiste en (i) verificar si hubo algún incumplimiento y (ii) si existió alguna justificación; la segunda debe efectuarse si se concluye que el incumplimiento estuvo injustificado, por lo que los pasos a seguir son (iii) valorar su gravedad y (iv) fijar razonable y proporcionalmente una sanción.[35] Esta estructura de análisis se debe realizar caso a caso,[36] a partir de la información que se allegue y

[33] Ley 1922 de 2018, cit., artículo 67.
[34] *Ibid*., artículo 68.
[35] JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, autos TP-SA 288 de 2019 y TP-SA 1136 de 2022.
[36] Ley 1957 de 2019, cit., artículo 68.

debata en el trámite incidental. Por esto, a través de ella se recoge el resultado del trámite incidental estricto.

En la primera parte, es necesario revisar qué obligación o compromiso se vio vulnerado por el compareciente. Esta verificación está reservada para escenarios de incumplimiento distintos a la deserción manifiesta. Una vez se identifique la obligación incumplida debe analizarse en qué consistió el incumplimiento en el caso concreto. Definido el incumplimiento debe revisarse si se presentó una justificación.[37] La SA ha considerado que las justificaciones al incumplimiento provienen de factores externos que escapan del control del compareciente y de las "posibilidades de acción en un contexto específico".[38] Un asunto que ejemplifica esta situación se observa en la Resolución SAI-SUBB-IC-D-010-2022. En este caso, la Sala de Amnistía o Indulto analizó el incumplimiento de la obligación de informar todo cambio de residencia a la JEP y determinó que este se encontraba justificado por que el compareciente desconocía que efectivamente se había iniciado un trámite de beneficios a su favor y que se le había otorgado la libertad condicionada.[39] Es decir, desconocía que se había aceptado su sometimiento en la Jurisdicción.

En el escenario en el que se concluya que el incumplimiento estuvo injustificado, corresponde examinar su gravedad. Para esto, la SA ha dicho que se deben tener en cuenta i) el efecto del incumplimiento en la satisfacción de los derechos de las víctimas, ii) si la obligación se incumplió o no de manera dolosa y iii) el nivel del compromiso adquirido por el compareciente en el SIP.[40] En la apreciación del efecto del incumplimiento se pueden considerar los aportes efectivos del compareciente al Sistema, el carácter reiterado del incumplimiento o los incumplimientos parciales, y la posibilidad de resarcir a las víctimas afectadas con el incumplimiento en estudio.[41] Frente al nivel del compromiso adquirido por el compareciente, se observan criterios como la calidad en la que comparece (si es obligatoria o voluntaria), la gravedad de los delitos que se le atribuyen, cuántos beneficios ha recibido y si estos son provisionales o definitivos. Al respecto, en el Auto TP-SA 1136 de 2022 se organizaron los criterios mencionados en una escala de incumplimiento bajo, medio y alto, y se aclaró que su carácter es orientador. Del mismo modo, la SA concluyó:

> La graduación de la intensidad del incumplimiento, entonces, puede ser baja (leve), media (intermedia) o alta (grave), y puede estar acompañada de circunstancias que

---

37 Corte Constitucional, Sentencia C-007 de 2018, cit.

38 JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 288 de 13 de septiembre de 2019, párrafo 62.

39 JEP - Salas de Justicia, Sala de Amnistía o Indulto, Resolución SAI-SUBB-IC-D-010-2022 de 2 de diciembre de 2022.

40 JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 288 de 13 de septiembre de 2019, párrafos 84 y siguientes.

41 *Ibid*.

la atenúan o la hacen aún más gravosa o de máxima gravedad. Por lo tanto, las consecuencias que se derivan de cada nivel de incumplimiento deben fijarse razonadamente, esto es, deben ser establecidas por el juez de forma gradual y proporcional, según las particularidades del asunto objeto del incidente.[42]

Los criterios delimitados por la SA pueden resumirse como se observa en la tabla de la página siguiente.

Una vez establecida la gravedad del incumplimiento, es necesario fijar la consecuencia o la sanción. Esta responderá a la trascendencia de la infracción, de modo que hay un amplio espectro de posibilidades al que puede recurrir la autoridad competente, pues no existe en la ley un catálogo de opciones para sancionar. En esta medida, se ha precisado en la jurisprudencia que i) no todos los incumplimientos generan consecuencias;[43] ii) entre las posibilidades de sanción se incluyen la pérdida o suspensión de beneficios de mayor o menor entidad o de los diversos tratamientos especiales que se contemplan en la Ley 1820 de 2020;[44] iii) la exclusión está dispuesta para casos de extrema gravedad[45] y iv) es posible considerar sanciones menores como los llamados de atención, la suspensión o pérdida de beneficios económicos de carácter administrativo, entre otros. La definición de una sanción dependerá del caso. De todos modos, la consecuencia debe ser proporcional y razonable de cara a la gravedad.[46]

A pesar de la relevancia de los incidentes de incumplimiento en el Sistema, se observa que esta estructura de análisis obtuvo fuerza con el Auto TP-SA 1136 de 2022. Anteriormente, ya se había desarrollado en el Auto TP-SA 288 de 2019 (el cual es citado múltiples veces en el Auto TP-SA 1136 de 2022); sin embargo, los criterios de valoración de la gravedad no eran del todo claros y dejaban un margen muy amplio de discrecionalidad. Por esta razón, se adoptaban decisiones que no necesariamente respondían a los principios de proporcionalidad y razonabilidad, como en la Resolución SAI-SUBA-AOI-IN-001-2022 de 10 de febrero de 2022, en donde se determinó que el compareciente debía ser expulsado de la Jurisdicción por un porte de armas. También se observan, en este sentido, algunos casos incluidos en la Resolución SAI-IC-D-SUBA-006-2023 de 30 de enero de 2023, que ameritaban un análisis desde el marco de la gravedad y de la proporcionalidad por versar sobre personas acusadas, mas no condenadas, por conductas presuntamente relacionadas con grupos armados organizados. En estos casos, la Subsala debió conducir un

[42] JEP -Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 1136 de 2 de junio de 2022, párrafo 34.
[43] Corte Constitucional, Sentencia C-007 de 2018, cit.
[44] Ley 1957 de 2019, cit., artículo 68.
[45] Corte Constitucional, Sentencia C-080 de 2018, cit.
[46] Ley 1957 de 2019, cit., artículo 20, parágrafos 1 y 3.

EN FUNCIÓN DE	NIVEL DE INCUMPLIMIENTO		
	BAJO	MEDIO	ALTO
Ocurrencia de la acción u omisión	Una única acción u omisión específica.	Algunas acciones u omisiones concretas, no prolongadas.	Acciones u omisiones habituales y/o prolongadas.
Aportes efectivos al SIP	Algunos aportes efectivos, existiendo la posibilidad y el deber de hacerlo mejor.	Escasos aportes efectivos, existiendo la posibilidad y el deber de hacerlo en mayor medida.	Ningún aporte efectivo, existiendo la posibilidad y el deber de hacerlo superlativamente.
Grado de afectación de los cuatro derechos de las víctimas: verdad, justicia, reparación y no repetición	Afectación menor de uno de los derechos de las víctimas.	Afectación mayor de algunos de los derechos de las víctimas.	Afectación grave de todos o la mayoría los derechos de las víctimas.
Posibilidad de resarcimiento de los derechos de las víctimas	Posible remedio de la infracción con determinada acción afirmativa.	Necesidad de varias y significativas acciones afirmativas para remediar las infracciones cometidas.	Imposibilidad de remediar las infracciones cometidas.
Elemento volitivo	Actuó con culpa, es decir, infringiendo el deber objetivo de cuidado que la situación demandara.	Actuó circunstancialmente, sin una demostrada o evidente intención, o de manera preterintencional.	Actuó con conocimiento e intención, es decir, con dolo.
Calidad del sujeto y de los compromisos penales existentes	Persona en relación de subordinación, comprometido únicamente en delitos amnistiables.	Persona que presuntamente no tuvo una participación determinante en los crímenes más graves.	Eventualmente, máximo responsable o partícipe determinante en los crímenes más graves.
Tipo de tratamientos penales especiales concedidos	Pocos beneficios transicionales concedidos.	Varios beneficios provisionales concedidos.	Uno o varios beneficios definitivos y otros provisionales.
Grado de lesividad de la nueva conducta cometida	La conducta no afecta directamente a una persona o a las víctimas del CANI.	La conducta afecta a determinadas personas que no ostentaban la calidad de víctimas del CANI.	La conducta afecta directamente a las víctimas del CANI, revictimizando su condición.

Fuente: Resolución SAI-SUBB-IC-D-013-2023 de 15 de mayo de 2023 proferida por la SAI para definir el trámite incidental del señor William Ramírez Pérez.

estudio más detallado en torno a la gravedad del incumplimiento, para luego definir una sanción, con miras a que la exclusión solo es la consecuencia de los incumplimientos de extrema gravedad.

Segunda etapa: la Segunda Marquetalia y la primera excepción por deserción manifiesta

El 29 de agosto de 2019 recibió a los funcionarios de la JEP, y al país entero, con el anuncio de la fundación del grupo de disidencias denominado Segunda Marquetalia. Iván Luciano Márquez Marín (Iván Márquez), quien por cuatro años participó como uno de los principales negociadores en los diálogos de paz en La Habana (Cuba) y firmó el Acuerdo Final de 2016, declaraba su regreso a las armas así: "Anunciamos al mundo que ha comenzado la Segunda Marquetalia bajo el amparo del derecho universal que asiste a todos los pueblos del mundo de levantarse en armas contra la opresión". Junto a Iván Márquez, varias personas que una vez integraron las FARC-EP, entre ellas, Seuxis Pausias Hernández (Jesús Santrich), reafirmaron su rearme y el abandono del proceso de paz en un video que circuló en noticieros y redes sociales.

Esta desalentadora noticia fue el comienzo de un nuevo reto para la JEP. Aunque el trámite para los incumplimientos del régimen de condicionalidad está regulado en la Ley de Procedimiento de la Jurisdicción (Ley 1922 de 2018), este implicaba cierta rigurosidad procesal para facilitar los derechos de defensa y contradicción. En la normativa transicional no se había contemplado un escenario de un rearme a viva voz, ni mucho menos un procedimiento expedito de reacción frente a las consecuencias jurídicas y las demandas públicas de dicho escenario.

Cuando la noticia sobre la creación de la Segunda Marquetalia fue escuchada en la Jurisdicción, la Sección de Apelación (SA) venía conociendo el recurso de apelación interpuesto por la defensa del señor Hernán Darío Velázquez Saldarriaga (el Paisa) en el marco del incidente de incumplimiento que se llevaba en su contra, de acuerdo con el artículo 67 de la Ley 1922 de 2018. Al inicio, la impugnación recaía sobre la decisión adoptada por la Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y las Conductas (SRVR) acerca del incumplimiento en el que incurrió el interesado por no responder a los llamados que le hizo dicha Sala para notificarse del auto que avocó conocimiento del Caso 01 y para rendir versión voluntaria. Sin embargo, mientras los magistrados de la Sección adoptaban una decisión acerca de la futura comparecencia de Velázquez Saldarriaga en el Sistema, su posible nuevo levantamiento en armas impactó drásticamente en el proyecto en debate. La Sección lo asumió como un hecho notorio sobreviniente que derivó en una serie de consideraciones sobre el trámite, el alcance y las consecuencias de lo que se conocería como deserción manifiesta.

En el Auto TP-SA 288 de 2019 se abordaron por primera vez los aspectos de la deserción armada manifiesta, destacándose como una excepción a la apertura y el agotamiento del incidente de incumplimiento del régimen de condicionalidad. En este primer momento, considerando el antecedente que lo soportó, la deserción armada manifiesta se caracterizó desde la notoriedad, la objetividad

y la publicidad del rearme. Es decir, desde "un hecho notorio" que dejaba en evidencia la intención de retomar las armas, en un desconocimiento absoluto del régimen de condicionalidad.[47] De la mano, la SA observó que, al tratarse de un hecho notorio, este no requería prueba;[48] por ello, acreditó una ruta expedita para resolver los asuntos que implicaran deserción manifiesta y fijó sus consecuencias jurídicas. Con el fin de precisar los aspectos de la deserción manifiesta que se empezaron a desarrollar en el citado auto, se ahondará en cada uno de ellos desde la jurisprudencia de la SA.

Como se mencionó, desde las reglas procesales de la JEP no se contemplaba la posibilidad de llevar a cabo un trámite simplificado para que un compareciente fuera excluido del Sistema. No obstante, la SA estableció que no era necesario agotar un incidente de incumplimiento por considerar que, ante un hecho ostensible[49] como la deserción manifiesta, el trámite es redundante e innecesario al encontrarse verificado el incumplimiento.[50] Adicionalmente, no es posible llegar a otra consecuencia jurídica porque esta es evidente en casos de deserción: el desertor será excluido de la JEP, perderá los tratamientos especiales que recibió como firmante del Acuerdo de Paz, y la competencia sobre los hechos por él cometidos durante el conflicto armado volverá a la jurisdicción ordinaria.[51] En este orden, de cumplirse con todas las etapas procesales del incidente, la consecuencia sería la misma a la que se hubiera llegado si no se hubiese finiquitado. Dicho de otro modo, la deserción manifiesta es indiscutible y tiene una consecuencia cierta que limita el ejercicio del operador jurídico a una simple declaración del incumplimiento del régimen de condicionalidad, mas no le demanda un ejercicio complejo de verificación y graduación de la sanción desde los principios de proporcionalidad y razonabilidad.[52]

Resta por definir qué se ha entendido por i) deserción y ii) manifiesta. En la Ley Estatutaria de la JEP (Ley 1957 de 2019) se definió a los desertores en dos grupos. El primero recoge a las personas que, habiendo sido miembros de las organizaciones que suscribieron el Acuerdo de Paz, decidieron "abandonar el

---

47 Esto mismo se afirmó en el asunto seguido contra Jesús Santrich en el Auto TP-SA 289 de 2019.

48 Desde el artículo 167 del Código General del Proceso, la SA dispuso que el hecho notorio no requiere prueba alguna porque puede ser conocido directamente por cualquiera en capacidad de observarlo (JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 288 de 2019, citando al Consejo de Estado, Sección Primera, Sentencia de 14 de abril de 2016, Expediente 2005-01438-01).

49 La SA señaló al respecto: Cuando no hay objeto real que pueda debatirse, porque la hipótesis de la deserción es incontrovertible, promover o adelantar cualquier trámite al respecto es "rendir culto a un procesalismo vacío e injusto" (JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 1315 de 2022, párrafo 13).

50 JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 289 de 13 de septiembre de 2019, párrafos 31-32.

51 Corte Constitucional, Sentencia C-080 de 2018, cit., Análisis del artículo 63.

52 JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 289 de 13 de septiembre de 2019, párrafo 30; Auto TP-SA 1472 de 26 de julio de 2023.

proceso para alzarse nuevamente en armas como rebeldes".[53] El segundo grupo alude específicamente a quienes entraron a "formar parte de grupos armados organizados o grupos delictivos organizados".[54] De esta manera, la condición de desertor puede adjudicarse a quien hizo parte inicialmente del proceso de paz en calidad de exintegrante de las FARC-EP, pero se apartó de él para levantarse nuevamente en armas contra el régimen constitucional y legal vigente, o para formar parte de agrupaciones armadas organizadas o delincuenciales con fines ajenos a la rebelión.[55] Según la SA, esta diferenciación se asume como i) armada, si el grupo que integra el desertor tiene una vocación rebelde, o ii) simple, si la agrupación tiene otros objetivos criminales.[56] En casos como el de Jesús Santrich y el Paisa, la deserción podía calificarse como armada por recoger intereses afines a la rebelión, diferente a la de Arsenio Segura, en la que se comprobó su colaboración con un grupo de delincuencia organizada.[57]

El aspecto más importante en la deserción, que permite la excepción al incidente de incumplimiento, es su carácter manifiesto, es decir, expreso e inequívoco. La deserción es manifiesta cuando deviene de un hecho notorio o por advertirse desde la evidencia o actuaciones disponibles en un proceso penal o en un trámite ante la JEP. Deviene de un hecho notorio cuando existe una manifestación pública y objetiva de alzarse en armas. Un ejemplo claro de esto, distinto a los casos relacionados con la Segunda Marquetalia, es el asunto de Giovanny Andrés Rojas, quien expresó públicamente en una entrevista con Colombia+20 de *El Espectador* su participación, en calidad de jefe máximo, en el grupo armado Los Comandos de Frontera.[58] En esta entrevista, el excompareciente enunció de manera consciente y libre su voluntad de abandonar el proceso de paz, y explicó su rol en la organización, al igual que sus intereses en futuras negociaciones de paz.[59] Esta manifestación cumple el primer supuesto enunciado en la jurisprudencia de la SA sobre la deserción como hecho notorio que no requiere prueba alguna.

---

[53] Ley 1957 de 2019, cit., artículo 63, numeral 2. La figura de la deserción se diferencia de la disidencia. En el numeral 1 se estableció que los disidentes son aquellas personas cuyo nombre no fue incluido en los listados entregados por las FARC-EP, pero que en algún momento pertenecieron a esta agrupación. Por su parte, en el numeral 2 se menciona que los desertores son quienes abandonan el proceso de paz, pese a haberlo suscrito, al alzarse nuevamente en armas como rebeldes, o integrantes de grupos armados organizados o estructuras criminales.

[54] *Ibid*.

[55] JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 1315 de 29 de diciembre de 2022.

[56] JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 1472 de 26 de julio de 2023.

[57] JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 1315 de 29 de diciembre de 2022.

[58] JEP - Salas de Justicia, Sala de Amnistía o Indulto, Resolución SAI-SUBB-IC-D-009-2023 de 2 de mayo de 2023.

[59] Entrevista disponible en: https://www.youtube.com/watch?v=fdYBGrYCeHM&ab_channel=-Colombia%2B20.

Adicionalmente, la deserción puede ser manifiesta si se advierte en un proceso penal de la jurisdicción ordinaria o ante la JEP. En esta hipótesis, desde los elementos y las actuaciones que obren el trámite, debe ser incontestable que él o la compareciente ha desertado del proceso de paz.[60] Para la SA, esta condición es incontrovertible si existen registros que consignen la manifestación libre y voluntaria del compareciente de participar o colaborar con un grupo armado organizado (entrevistas, versiones libres, preacuerdos) o una sentencia en firme en la que se haga alusión o se condene por integrar grupos armados.[61] En el Auto TP-SA 1382 de 2023 se resaltó la relevancia de las sentencias ejecutoriadas para declarar la deserción manifiesta:

> Esta verificación, a través de un fallo judicial en firme, es aún más categórica que el evento en el cual existe una manifestación pública de la deserción armada, en tanto la sentencia en firme de la JPO goza de la presunción de legalidad y acierto, atributos que integran los efectos de la cosa juzgada. Además, una sentencia de carácter penal permite no solamente verificar la ocurrencia del hecho atribuido, sino que al autor o partícipe le era exigible otra conducta distinta a la que desplegó, lo que posibilita a este juez transicional descartar el alegato tendiente a establecer que el ciudadano fue forzado a vincularse a un GAO como aparentemente lo narró en una entrevista ante su representante judicial.[62]

Vale precisar que, para establecer la deserción manifiesta, no es necesario que se condene por rebelión o por concierto para delinquir. El proceso puede cursar por otros delitos, siempre y cuando pueda advertirse en la investigación que estuvieron relacionados con la pertenencia o colaboración del compareciente con agrupaciones armadas o delincuenciales, como la fabricación, el tráfico y el porte de armas de fuego, o de uso restringido de las Fuerzas Armadas, homicidio, secuestro, entre otras. En el asunto de Arcediano Segura, el compareciente fue procesado por tráfico de armas en la jurisdicción ordinaria. Sin embargo, la conducta fue agravada por los numerales quinto y séptimo (actualmente octavo) del artículo 365 del Código Penal, es decir, por "obrar en coparticipación criminal o cuando el autor pertenezca a un grupo de delincuencia común". A partir de esto, la SA determinó que su deserción fue manifiesta.

Ahora bien, desde el inicio de la construcción jurisprudencial de esta categoría, se hizo énfasis en que la deserción podía ser manifiesta o de hecho.[63]

---

[60] JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, autos TP-SA 1315 de 29 de diciembre de 2022 y TP-SA 1446 de 15 de junio de 2023.

[61] Ante el peso probatorio de la sentencia y de los documentos que registran la exteriorización de la voluntad del compareciente que ha desertado, otros documentos, como los informes de inteligencia o de investigador de campo, las declaraciones de desmovilizados u otros capturados, pueden ser considerados como criterios orientadores. Sobre los informes de inteligencia, ver Auto TP-SA 1230 de 14 de septiembre de 2022, párrafo 15.

[62] JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 1382 de 15 de marzo de 2023, párrafo 21.

[63] JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 289 de 13 de septiembre de 2019.

La deserción es de hecho "cuando está sujeta a verificación y debe establecerse mediante alguno de los incidentes de incumplimiento".[64] En el Auto TP-SA 289 de 2019, justamente se aclaró que ante un desertor manifiesto es innecesario y contraproducente tramitar un incidente de incumplimiento. Pero, si se recibe información sobre una posible deserción sin que haya un reconocimiento formal de esa condición por parte del desertor o a través de "una circunstancia equivalente que torne ostensible esa realidad",[65] debe tramitarse el incidente para "establecer la efectiva voluntad o situación de abandono del vínculo con el Estado y la jurisdicción, en cuanto que –entre tanto– esa relación de 'sujeción' se presume todavía existente".[66]

Esta posición se refrendó recientemente en el Auto TP-SA 1484 de 24 de agosto de 2023. En ese caso, la SA evidenció que el incidente de incumplimiento es un trámite que permite el derecho de defensa del compareciente sobre una acusación por el posible incumplimiento de las obligaciones del régimen de condicionalidad. Se trata de un escenario de debate probatorio indispensable cuando no existe una sentencia en firme, una confesión o un preacuerdo, puesto que la JEP está obligada a presumir la inocencia de los comparecientes y a respetar el debido proceso. De este modo, cuando no haya una manifestación de la voluntad o un hecho de rearme demostrado por el poder judicial del Estado,[67] no se puede excluir al compareciente de manera expedita. Así lo afirmó la SA al estudiar el asunto:

> La declaratoria de "ostensible deserción armada" por parte de la Subsala B de la SAI, sin la existencia de un preacuerdo, una confesión o una condena en firme, desconoce la presunción de inocencia y la jurisprudencia de la Sección. Si bien existe una investigación en la FGN sobre su presunta pertenencia a un GAOR, a la SAI le asiste la obligación de iniciar un IIRC, de ahondar en la actividad probatoria y de valorar las pruebas existentes válidamente acopiadas e integradas al expediente transicional antes de adoptar una decisión como la aquí cuestionada.[68]

Finalmente, aunque ya se han mencionado, es importante cerrar con las consecuencias de la deserción manifiesta. Cuando un compareciente retoma las armas para operar en grupos de delincuencia común o rebeldes, defrauda su voluntad de finalizar el conflicto y todos los compromisos que él mismo decidió adquirir al someterse a la Jurisdicción. La deserción es una falta de extrema gravedad porque incumple integralmente con el régimen de condicionalidad,

---

[64] JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 1477 de 10 de agosto de 2023, párrafo 19.

[65] JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 289 de 13 de septiembre de 2019, párrafo 28.

[66] *Ibid*.

[67] JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 1484 de 24 de agosto de 2023.

[68] *Ibid*., párrafo 27.

especialmente con las obligaciones de no repetición, no rearme, no reincidencia. Pero, a su vez, envía un mensaje a la sociedad que deslegitima el pacto por la paz que nutre y soporta a la Jurisdicción.[69] Por esto, su consecuencia "supone el fenecimiento absoluto de la jurisdicción y competencia de la JEP, como respuesta institucional necesaria a la frustración rotunda, integral e irreversible del régimen de condicionalidad".[70] Esto se traduce en la pérdida de los beneficios transicionales otorgados, por parte de las autoridades judiciales y administrativas (incluida la Agencia Colombiana para la Reincorporación y Normalización), y la reversión de los asuntos a la justicia ordinaria.[71]

Tercera etapa: alternativas propuestas al incidente de incumplimiento en la Sentencia Interpretativa 4 (Senit 4)[72]

Aunque cada una de las condiciones del sometimiento son clave para garantizar los derechos de las víctimas y reconocer el compromiso de los comparecientes con el proceso de paz, su inobservancia no tiene la misma gravedad en todas las situaciones. Como se observó, la gravedad se determina desde varios criterios dependiendo de las particularidades del caso. Por esta razón, no siempre se debe imponer la máxima sanción (exclusión) o revocar beneficios. Según la SA, en cada uno de los casos en los que se presuma un incumplimiento al régimen de condicionalidad, la autoridad competente debe evaluar si es o no necesario iniciar un incidente estricto, porque, a su juicio, "[n]o todos los incumplimientos al régimen de condicionalidad deben conducir a [su] apertura".[73]

Esta postura es innovadora y se introdujo en el Sistema con la Senit 4.[74] Anteriormente, se consideraba que el trámite incidental contenido en el artículo 67 de la Ley 1922 de 2018 debía cumplirse de manera exhaustiva, a fin de

---

[69] La Sección de Apelación se refirió así al impacto de la deserción armada: "La deserción es el acto más grave de reincidencia y la infracción más flagrante del AFP. Silenciar las armas es la principal garantía y esperanza de que las cosas pueden cambiar. Quien se une a grupos armados o delictivos organizados luego de suscribir el pacto de paz, en realidad no le pone fin al conflicto. Viola el deber de no repetición e incurre en una contradicción ostensible con sus propios actos y palabras. Desaprovecha la oportunidad histórica e irrepetible para reintegrarse a la sociedad que está dispuesta a recibirlo, y la defrauda y lastima" (Auto TP-SA 1446 de 2023, párrafo 9).

[70] JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 289 de 13 de septiembre de 2019, párrafo 22.

[71] Varios artículos contemplan estas consecuencias en la Ley Estatutaria de la JEP. Entre ellos, los artículos 19, parágrafo 3; 62, inciso 6; 63, inciso 4, núms. 1, 2 y 3; y 63, inciso 5.

[72] JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, TP-SA-Senit 4 de 26 de abril de 2023.

[73] *Ibid*., párrafo 125.

[74] La Senit 4 es una providencia de gran relevancia, porque en ella se organizaron las competencias y el reparto de las salas y secciones de la JEP para resolver incidentes de incumplimiento del régimen de condicionalidad. De igual modo, se reafirmó el contenido y alcance del régimen de condicionalidad en la Jurisdicción, y se aclaró en qué consiste, cuál es el procedimiento y bajo qué circunstancias se debe adelantar un incidente de incumplimiento del régimen de condicionalidad. En atención a esto último, se introdujeron mecanismos reactivos distintos al régimen, más coherentes dentro de ciertos contextos con las finalidades de la justicia restaurativa. También

comprobarse si hubo una infracción y poder definir, en la lógica del debido proceso, una consecuencia jurídica. No obstante, en un esfuerzo por dar celeridad a lo que denominó "la fase reactiva del régimen de condicionalidad",[75] la SA dispuso que el incidente de incumplimiento debía ser la última opción por considerar para rectificar los incumplimientos. Por esto, afirmó que debían preferirse mecanismos reactivos distintos al incidente, con un tinte más restaurativo y menos punitivo,[76] siempre que el caso lo permita.[77]

En la Senit 4 se trazó una ruta para i) definir si es imperativo o no abrir un incidente y ii) identificar el mecanismo reactivo que mejor corresponda al caso. Se sugirió, como primer paso, indagar si existen trámites iniciados por otra autoridad por los mismos hechos y el mismo incumplimiento. Esto pretende la validación del *non bis in idem* y se ajusta a los principios de celeridad y eficacia. La SA propuso con este fin un sistema digital compartido, al cual pudiesen acceder los funcionarios de las distintas salas y secciones, con información suficiente y actual que permitiera entender los hechos, conocer el estado del trámite y la autoridad a cargo. Este sistema está siendo elaborado por la Secretaría Ejecutiva, de modo que aún no ha entrado en funcionamiento. Debido a que es una herramienta compleja que debe ser alimentada por cada despacho, su implementación no se hará en un corto plazo. Por ahora, solo es posible saber si hay un trámite incidental abierto por los mismos hechos si se solicita información a cada una de las secretarías judiciales.

En segundo lugar, tendría que revisarse el estado de sometimiento de la persona sobre la cual se iniciaría el incidente de incumplimiento. Con base en el artículo 67 de la Ley 1922 de 2018, el incidente solo procede frente a personas sometidas a la Jurisdicción. Entonces, si la persona no está sometida (porque no

---

se identificaron necesidades tecnológicas que debían resolverse a corto plazo para articular con mayor facilidad el trabajo de las distintas salas y secciones.

[75] La fase reactiva-negativa del régimen de condicionalidad se refiere al análisis de posibles incumplimientos y la determinación de sanciones (JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, TP-SA-Senit 4 de 26 de abril de 2023, párrafo 114).

[76] "El carácter desfavorable del incidente únicamente se explica si concluye en la aplicación de una consecuencia adversa al solicitante, como puede ser la pérdida o suspensión de un beneficio, mientras que si se logra –preferiblemente implementar una fórmula no sancionatoria de rehabilitación del compromiso con el SIP, como, por ejemplo, realizar los ajustes que las SyS requieran a los solicitantes sobre sus compromisos claros concretos y programados cuando ello proceda, o la materialización de un *pactum vertatis*, un aporte a la verdad, o, en general, aquellos instrumentos que permitan mantener el RC, resulta innecesario llevar a término el incidente" (JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, TP-SA-Senit 4 de 26 de abril de 2023, párrafo 125).

[77] La Sección de Apelación utilizó las siguientes palabras: "La Jurisdicción debe procurar por garantizar y satisfacer los derechos de las víctimas, con la idea de hacer efectiva la justicia restaurativa, como principio. Por lo anterior, siempre que sea posible y se den las condiciones para ello, debe privilegiar mecanismos reactivos distintos al IIRC, si con esto puede lograr remediar los incumplimientos y conseguir, en últimas, la satisfacción y cumplimiento del RC en un mayor grado. El IIRC es, por consiguiente, la última *ratio* dentro de la transición" (JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, TP-SA-Senit 4 de 26 de abril de 2023, párrafo 115).

satisface los factores de competencia de la JEP, porque estos factores no se han verificado o porque no tiene tratamientos judiciales propios de la transición), no se tendría que dar apertura a un incidente. En el caso discutido en el Auto TP-SA 1492 de 2023, la SA declaró la nulidad de lo tramitado por la SAI en el marco del incidente de incumplimiento del régimen de condicionalidad porque, aunque el solicitante estaba acreditado por la OACP como exintegrante de las FARC-EP, no contaba con tratamientos especiales ni la Jurisdicción había verificado previamente su competencia para asumir conocimiento del asunto antes de proferir cualquier decisión incidental.[78] También aclaró que los beneficios económicos, como los que entrega la ARN, o los tratamientos favorables concedidos en la justicia ordinaria, como la libertad con ocasión de la gestoría de paz, no son tratamientos especiales del SIP.[79]

El tercer paso corresponde concretamente a la identificación, si procede, del mecanismo reactivo que mejor corresponda al caso. Se trata de figuras más ajustadas tanto al tipo como a la gravedad del incumplimiento,[80] que ofrezcan una respuesta adecuada al compromiso que se defrauda (total o parcialmente). Entre ellas se citan los dispositivos intraprocesales, trámites expeditos como la declaración de la deserción manifiesta y el juicio de prevalencia de jurisdicción, así como trámites incidentales abreviados. Los dispositivos intraprocesales tienen cabida en el marco del trámite principal que lleva la JEP –un trámite de beneficios o un macrocaso– y consisten en requerimientos para "corregir" o "enmendar" el presunto comportamiento transgresor. Para acudir a estos dispositivos, la falta debe ser leve. Sobre uno de los trámites expeditos o simplificados se hizo referencia en el apartado anterior. El otro es el juicio de prevalencia jurisdiccional que aplica para comparecientes voluntarios cuando se define la competencia de la JEP y se estudia la idoneidad de su plan de aportes y contribuciones tempranas a la verdad, la justicia y la reparación. Por último, se menciona el trámite incidental de revocatoria de beneficios provisionales,[81] cuya única consecuencia es el retiro de alguna de las fórmulas de libertad contempladas en la normativa transicional.

Si, a pesar de la ruta propuesta, la autoridad inicia un incidente, se admite la posibilidad de terminarlo de manera anticipada. En la Senit 4 se consintió que en casos en los que se compruebe que la falta no existió (por ejemplo, se absuelve al compareciente en la jurisdicción ordinaria por el delito por el cual

---

78 JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 1492 de 30 de agosto de 2023, párrafo 16.3.

79 *Ibid*., párrafo 17.

80 Se establece en la Senit 4 que la determinación del mecanismo debe considerar criterios como "tipo de compareciente, los beneficios que ha recibido, la etapa del trámite transicional, la gravedad de la falta, la posibilidad de corregirla y los elementos probatorios disponibles" (JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, TP-SA-Senit 4 de 26 de abril de 2023, párrafo 124).

81 Ley 1922 de 2018, cit., artículos 61 y 62.

estaba siendo procesado y que dio lugar al incidente) o se advierte un hecho de fuerza mayor o caso fortuito, puede finalizarse el trámite.[82] Un caso que ilustra este punto se presenta cuando se inicia un incidente por una posible falta al deber de sometimiento –porque no se ubica al compareciente para que acuda a una diligencia–, pero el incidentado aparece durante la práctica probatoria y justifica su incumplimiento. En un evento como este, se finaliza el trámite en el estado procesal en el que se encuentre y se hace un requerimiento para reafirmar la condición que pudo haberse infringido.

Trámites incidentales en la SAI: desarrollo jurisprudencial, impacto en la Sala, cifras y problemas

Una vez establecido el marco normativo que rige el incidente de incumplimiento, se pasará a estudiar cómo ha sido su aplicación en la práctica judicial de la SAI. Como se mencionó anteriormente, entre las salas y secciones, la SAI es la que más decisiones ha tomado en estos años de trabajo sobre posibles incumplimientos del régimen de condicionalidad. Las cifras[83] más recientes de la Sala demuestran la dimensión de trámites que se encuentran abiertos y que han sido decididos:

Personas con resoluciones de ampliación de información previa apertura del incidente de incumplimiento	106
Personas con incidentes de incumplimiento abiertos (avocados)	117
Personas con incidentes de incumplimiento con decisión de fondo	59
Personas con decisión de fondo que fueron excluidas del SIP	37
Personas con incidentes de incumplimiento con decisión de fondo que no revoca beneficios (no incumplimiento)	14

De las cifras presentadas se pueden extraer varias conclusiones. La primera es que actualmente la SAI tiene un número amplio tanto de trámites en ampliación de información antes de abrir incidentes de incumplimiento como de trámites ya iniciados y decididos. Esta cifra no es el resultado de las reglas de reparto establecidas por la SA en la Senit 4, sino un reflejo de cómo, en realidad, conoce la JEP de un posible incumplimiento por parte de las o los comparecientes. En efecto, no es común que se presenten solicitudes de apertura de incidentes de parte de particulares o entidades públicas. Por ello, son pocos

[82] JEP, Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, TP-SA-Senit 4 de 26 de abril de 2023, párrafo 131.

[83] Histórico de estadísticas de la Presidencia de SAI a corte de diciembre de 2023.

los casos en los que la Secretaría Judicial General aplica las reglas de reparto establecidas en la Senit 4, pues la mayoría de los incidentes inician de oficio.

Ciertamente, buena parte de esos incidentes son el resultado de la ampliación de información que realiza la Sala en el marco del trámite de beneficios. Es decir, cuando un despacho de la SAI se encuentra recaudando información para determinar si es posible conceder beneficios a un o una compareciente, encuentra información en los registros de la Fiscalía o de la rama judicial, que indica que la persona está siendo procesada o ha sido condenada por hechos posteriores al 1º de diciembre de 2016. A partir de esta información, se comienza una fase de ampliación de información para tener certeza, antes de tomar la decisión de iniciar formalmente el incidente de incumplimiento, sobre la existencia de los procesos judiciales.

Cabe mencionar que otra fuente de incidentes abiertos en la SAI proviene de un listado presentado por el Comité de Seguimiento, Impulso y Verificación a la Implementación (CSIVI) a la Sala en el año 2021.[84] La CSIVI entregó a la SAI un listado de 249 personas privadas de la libertad que contaban con acreditación por parte de la Oficina del Alto Comisionado para la Paz (OACP), para que estudiara si podían ser beneficiarios de la libertad condicionada. Por decisión de la Presidencia de la SAI, los 240 casos fueron repartidos a los despachos de la SAI, los cuales tempranamente dejaron evidenciar que la mayoría de las personas identificadas en los listados se encontraban privadas de la libertad por hechos posteriores al Acuerdo Final. Esta, entonces, es otra de las razones que explican la gran cantidad de incidentes que adelanta la Sala.

Otro efecto de la forma en que inician la mayoría de los incidentes ante la SAI es que estos suelen estar relacionados con las obligaciones de dejación de armas o la de abstenerse de cometer nuevos delitos, las cuales son intrínsecas a la garantía de no repetición. Lo anterior debido a que la información con la que se empieza de oficio, suele ser la apertura de investigaciones o condenas posteriores a diciembre de 2016. De las resoluciones que han finalizado el análisis de los incidentes, aproximadamente en el 90% de los trámites se ha estudiado el cumplimiento de estas obligaciones. Por ello, la jurisprudencia relacionada con el desertor manifiesto ha sido ampliamente aplicada por la SAI, lo cual también ha implicado debates y críticas a las subreglas establecidas por la SA.

Al respecto, en la SAI se ha debatido la posibilidad de no terminar el IIRC cuando se evidencie una posible deserción armada manifiesta. Uno de los magistrados de la Sala ha realizado varios salvamentos de voto, en los que argumenta fundamentalmente que esta decisión de la SA contraría los principios

[84] Oficio de 23 de septiembre de 2021, firmado por Rodrigo Granda y Jaime Alberto Parra. Este listado fue presentado por el Componente FARC –en tránsito legal a comunes– de la CSIVI.

básicos del debido proceso.[85] Sin embargo, la SAI mayoritariamente ha seguido el precedente de la SA, dado que comprende los beneficios que esta excepción tiene en la práctica frente a la estricta temporalidad de la JEP. No obstante, existe un acuerdo de la Sala para garantizar unos mínimos del debido proceso, incluso en estos casos en los que se hace tan notorio el incumplimiento del régimen de condicionalidad, de manera que se garantice como mínimo: i) el derecho a una defensa técnica, mediante el nombramiento de un o una apoderada judicial; y ii) el derecho a ser oído, es decir, a participar en los procesos que los afecte, por lo que en los casos en que sea posible, se realiza una entrevista al o a la compareciente.

La experiencia de la SAI en la aplicación de los estándares sobre el desertor armado manifiesto ha demostrado que si bien en algunos casos es fácil llegar a la conclusión sobre el nuevo rearme, en otros es necesario realizar un recaudo probatorio más extenso y no apresurarse en las conclusiones sobre el posible incumplimiento. Un ejemplo de esto es el caso de Iván Olivo Merchán Gómez y Elmer Caviedes.[86] Ambos comparecientes fueron señalados por la Procuraduría General de la Nación como dos de las personas que habrían hecho parte del video público de 29 de agosto de 2019, en el cual un grupo de exintegrantes de las FARC-EP manifiestan su regreso a las armas, anunciando la Segunda Marquetalia. En el caso de estos dos comparecientes, no era posible seguir una línea parecida a la que siguió la SA con otros comparecientes que aparecieron en el video, como Iván Márquez, dado que la identificación plena de Iván Olivo Merchán Gómez y Elmer Caviedes, no era tan evidente. Por ello, la SAI amplió información y llevó a término el IIRC, el cual dio como resultado que el señor Elmer Caviedes no había incumplido con su obligación de dejación de armas y no reincidencia del régimen de condicionalidad, dado que no había hecho parte del video en mención. Casos como este demuestran la necesidad de mantener ponderación y autonomía judicial, incluso cuando existan presiones de tipo mediáticas o políticas, pues la función judicial no puede responder a ellas.

El debate sobre los desertores armados manifiestos también se ha centrado en si la SAI debe o no hacer una diferenciación entre personas acusadas y condenadas. En otras palabras, si la excepción creada por la SA que permite o

[85] Por ejemplo, Salvamento de voto del magistrado Pedro Julio Mahecha Ávila a la Resolución SAI-SUBA-IC-D-034-2023 de 6 de diciembre de 2023: "Como lo he manifestado en anteriores ocasiones, no comparto la postura jurisprudencial mayoritaria de la Sección de Apelación del Tribunal para la Paz que, bajo un argumento utilitario, anclado al criterio de la estricta temporalidad que rige los trámites ante la jurisdicción, facultó a las Salas y Secciones para declarar que determinado compareciente incumplió el régimen de condicionalidad y excluirlo de la competencia de la JEP a partir de la constatación del hecho 'objetivo y notorio' de la deserción armada manifiesta, prescindiendo de tramitar, para esos efectos, el incidente contemplado en el artículo 67 de la Ley 1922 de 2018".

[86] SAI-IN-DF-002-2021 28 de enero de 2021.

no terminar el IIRC aplica solo para personas condenadas con sentencia ejecutoriada o si cabe la posibilidad de hacerla extensiva a personas que están siendo investigadas o acusadas. Sobre este punto, en la Resolución SAI-IC-D-SUBA-006-2023 de 30 de enero de 2023 se acumularon los trámites de 20 comparecientes, se declararon desertores armados manifiestos y, por tanto, se les excluyó del SIP. Al respecto, una de las magistradas de la SAI, en su salvamento parcial de voto a la resolución, expuso que debía hacerse una diferencia entre quienes ya habían sido condenados en la justicia ordinaria y quienes todavía estaban en etapa de investigación y acusación. En particular, se manifestó que "de los escritos de acusación no se erigen como un hecho notorio que acredite la deserción armada manifiesta de los comparecientes, en tanto los procesados aparentemente alegan su inocencia en la jurisdicción ordinaria porque no han reconocido cargos y no tienen una condena en firme".[87]

Sobre este punto, como se explicó anteriormente, la SA ha manifestado que "la condición de desertor manifiesto debe ser notoria o debe ser probada mediante (i) preacuerdo debidamente avalado, (ii) confesión del implicado o (iii) sentencia condenatoria en firme que determine la participación del solicitante en un grupo de delincuencia organizada de forma incontrovertible".[88] De manera que coincidiría con el salvamento parcial de voto citado, en el sentido de que en los casos que no se encuentren en estos tres supuestos, se debe iniciar el IIRC estricto y no aplicar la excepción creada para dar o no dar apertura o terminar anticipadamente el mismo.

Recientemente, la Corte Constitucional emitió la SU-088 de 2024, mediante la cual se reafirma esta posición

> ... la Sala estableció que tal posibilidad[, la de no agotar el IIRC,] solo procede de manera excepcionalísima, ya que la deserción de suyo comporta una infracción al régimen de condicionalidades, y por ende la determinación acerca de su ocurrencia, por regla general, debe llevarse a cabo en el marco del trámite incidental previsto por el Legislador estatutario para tal efecto.[89]

Sin embargo, el tema de las personas que no se encuentran condenadas, no se limita a la aplicación o no de la excepción para terminar anticipadamente un IIRC. Estos casos representan una serie de retos relacionados directamente con el principio de estricta temporalidad que rige a la JEP. En efecto, la práctica ha demostrado que la justicia ordinaria puede demorarse en emitir una sentencia condenatoria. Es usual que el juicio se tarde años, por diversas razones, como puede ser el constante aplazamiento de las audiencias. Entonces, surge

---

[87] Salvamento parcial de voto, magistrada Diana María Vega Laguna a la Resolución SAI-IC-D-SUBA-006-2023 de 30 de enero de 2023, párrafo 8.

[88] JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 1484 de 24 de agosto de 2023, párrafo 24.

[89] Comunicado de prensa de la decisión SU-088 de 2024.

la pregunta de si la JEP debe esperar a que se haya emitido una decisión en firme en la justicia ordinaria, para poder imponer algún tipo de sanción, incluida la exclusión, a las personas que han cometido delitos después de 2016. Por una parte, si no existe una sentencia condenatoria, se corre el riesgo de que la JEP termine incurriendo en valoraciones jurídicas propias de las y los jueces penales, al tener que evaluar la prueba para determinar si efectivamente hay responsabilidad penal individual que pueda ser, a su vez, un incumplimiento del régimen de condicionalidad. Por el contrario, si se dilata la decisión de la JEP respecto a un posible incumplimiento se mantiene en un limbo jurídico que impide la participación en los trámites de los comparecientes ante la jurisdicción, dado que, por ejemplo, el trámite de beneficios transicionales se suspende, en tanto no se decida el IIRC. La JEP, a diferencia de la justicia ordinaria, tiene un término legal, que la obliga a tener una mayor celeridad en sus procesos.

Este debate fue abordado por la SAI en la Resolución SAI-SUBA-IC-D-020-2023 de 1 de agosto de 2023, en la cual se había aplazado la audiencia preparatoria durante más de dos años. Por ello, la Subsala indicó:

> ... teniendo en cuenta el principio de estricta temporalidad de la JEP y que el ente acusador remitió suficientes elementos materiales probatorios, evidencia física e información legalmente obtenida, para adoptar una decisión sobre el incumplimiento a los compromisos adquiridos ante el SIVJRNR y puntualmente al régimen de condicionalidad al que se encontraba sometido el compareciente, en el marco de las reglas procedimentales y de valoración probatorias propias de la JEP establecidas en la Ley 1922 de 2018, se estima necesario adoptar una decisión de fondo frente al grave incumplimiento del compareciente respecto de sus obligaciones con el SIVJRNR.[90]

En particular, la Subsala que tomó la decisión se fundamentó en el Auto 1230 de 14 de septiembre de 2022 de la SA, en el que se estableció que en el estándar probatorio de los IIRC no es necesario arribar a una conclusión con un grado de certeza o de confirmación más allá de toda duda razonable, como en una sentencia condenatoria o absolutoria en la justicia ordinaria. El estándar que se utiliza en los IIRC es el de arribar a un grado aceptable de persuasión, por lo que es posible tomar la decisión al valorar otros materiales probatorios, como lo puede ser la acusación presentada por la Fiscalía. Esta distinción habilita a la JEP a tomar una decisión autónoma, al tener en cuenta que la declaración de un incumplimiento, si bien tiene un carácter sancionatorio, no es equiparable a un proceso penal.

La Senit 4, por su parte, le abrió la oportunidad a la SAI para dar respuestas más acordes con el principio restaurativo que rige a la JEP. En efecto, ha permitido tanto terminar anticipadamente los IIRC como aplicar otro tipo de

[90] JEP - Salas de Justicia, Sala de Amnistía o Indulto, Resolución SAI-SUBA-IC-D-020-2023 de 1° de agosto de 2023, párrafo 108.

remedios, en los casos que se considere "existen mecanismos diferentes y, dependiendo del caso, más apropiados para resolver posibles incumplimientos al régimen de condicionalidad".[91] Un ejemplo de lo anterior es el caso de la señora Yasmín Valencia Dussán, en el cual un despacho de la SAI, después de constatar la situación particular en que se encontraba la señora Valencia, decidió dar por terminado de forma anticipada el IIRC. Al respecto, el despacho estimó:

> Atendiendo a lo dispuesto en la Senit 4, desde los principios de celeridad y economía procesal, el despacho ha considerado que el caso de la señora YASMIN VALENCIA DUSSAN no debe ser tramitado por la cuerda del incidente de incumplimiento. En este caso concurren factores diferenciales que ofrecen alternativas al trámite incidental, sin desconocer posibles consecuencias de carácter sancionatorio por la inobservancia de los deberes adquiridos por la compareciente con el SIP.[92]

La señora Valencia Dussán fue condenada por hechos posteriores a la firma del Acuerdo de Paz. Sin embargo, la compareciente pertenece a un pueblo indígena y, por ello, la condena por estos hechos la está cumpliendo en un resguardo de la comunidad Tikuna Yoi. Al realizarse el relacionamiento interjurisdiccional con el resguardo, el despacho pudo establecer que, en el marco del cumplimiento de la sanción, la compareciente cumple con otras obligaciones con la comunidad indígena, propias de sus usos y costumbres, como lo es realizar trabajo social y comunitario. Además, teniendo en cuenta otras particularidades de la compareciente, como que fue reclutada siendo menor de edad, es madre cabeza de familia y había recibido exclusivamente como beneficio la amnistía administrativa, el despacho decidió mantener los beneficios recibidos y recordar el cumplimiento del régimen de condicionalidad.

Otro ejemplo reciente de la aplicación de la Senit 4, respecto a la gradualidad de la sanción y uso de remedios restaurativos, fue tomada por una Subsala mediante decisión de 4 de diciembre de 2023. En este caso, la Subsala calificó como bajo el incumplimiento en el que incurrió un compareciente que fue condenado por el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes tras ser capturado, en julio de 2019, cuando cargaba en su vehículo 232 paquetes que contenían 121.810 gramos de marihuana. La decisión determinó que la falta que cometió fue leve, al tener en cuenta que esta ocurrió una única vez y no tuvo víctimas. Respecto a la sanción, se ordenó al compareciente realizar una jornada pedagógica en un Antiguo Espacio Territorial de Capacitación y Reincorporación (AETCR) en donde expusiera la importancia de no reincidir "en conductas que pudieran ser sancionadas por parte de la jurisdicción, así como

[91] JEP - Salas de Justicia, Sala de Amnistía o Indulto, Resolución SAI-DF-ASM-033 de 8 de septiembre de 2023, párrafo 41.

[92] *Ibid*., párrafo 44.

el deber de cometer nuevos delitos".[93] Estos dos ejemplos demuestran tipos de remedios alternativos que le permiten a la SAI dar una respuesta rápida y adecuada a las circunstancias de cada caso en concreto, además de hacer extensiva la justicia restaurativa a los trámites de IIRC.

Otro efecto de la aplicación de la jurisprudencia de la SA es que, en la práctica, la sanción de exclusión del SIP pareciera estar reservada para quienes hayan defraudado de forma extremadamente grave el Acuerdo de paz, es decir, quienes hayan incurrido en un rearme. Lo anterior, al tener en cuenta que esta es la sanción más gravosa que se le puede llegar a imponer a una o un compareciente, implica que debe contar con salvaguardas procedimentales que permitan proteger las garantías mínimas del debido proceso.

Por ello, resulta extraña la decisión tomada por la SA en el caso del señor Alexander Farfán Suárez, alias Gafas. La SA confirmó una decisión tomada por un despacho de la Sección de Revisión de manera unipersonal, en la cual se declaró que el señor Farfán Suárez era desertor armado manifiesto y, como consecuencia, se le expulsó del SIP. El fundamento para establecer que este tipo de decisión puede ser tomada por ponente es que "cuando se profiera en el marco de la primera instancia, la decisión que declare la deserción manifiesta deba ser adoptada idealmente por ponente, bajo el entendido de que es susceptible del recurso de alzada, el cual será resuelto por la SA en pleno".[94] Al respecto, se considera que esta decisión conlleva varios problemas en la tramitación de los IIRC. En primer lugar, esto implica que la sanción más gravosa pueda ser tomada por ponente, generando la incoherencia que los otros tipos de sanciones, de conformidad con la Senit 4, sí deben ser tomadas por el órgano colegiado. Además, la exclusión tiene efectos no solamente en la sala o sección que toma la decisión, sino en toda la JEP, pues en la valoración se deben tener en cuenta los efectos que esto puede producir y, al no tomarse por un número plural de jueces, se reduce el análisis exhaustivo que implica que una decisión sea adoptada por varias personas. Asimismo, el argumento de que la decisión puede ser tomada por ponente, porque se subsana con que la SA toma todas sus decisiones de forma colegiada, podría hacerse extensivo a otros tipos de trámite, desnaturalizando el carácter colegiado y plural de las decisiones de las salas y secciones. Finalmente, en la última decisión de la Corte Constitucional[95] se menciona que la decisión debe ser tomada por las salas y secciones de la JEP, por lo que no se contemplaría la posibilidad de que sean el resultado de un análisis unipersonal.

---

[93] JEP - Salas de Justicia, Sala de Amnistía o Indulto, Resolución SAI-SUBA-IC-D-036-2023 de 4 de diciembre de 2023.

[94] JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 1532 de 1° de noviembre de 2023, párrafo 14.6.

[95] Comunicado de prensa de la decisión SU-088 de 2024.

Como se puede concluir de los debates expuestos en este acápite, la SAI ha enfrentado los principales debates y retos de este tipo de trámite, que, pese a tener un carácter incidental, se han convertido con el tiempo en una de las funciones principales de la Sala. Por ende, la jurisprudencia de la SAI sobre la materia debe ser referente para la tramitación de los IIRC en las demás salas y secciones, de manera que se aproveche la experiencia que se ha adquirido.

Reflexiones a manera de conclusiones

A manera de conclusión, se expondrán algunas consideraciones breves sobre las posibles causas estructurales o coyunturales que han implicado el aumento de los IIRC. En este artículo se expuso el creciente número de incidentes, particularmente de firmantes de paz pertenecientes a las extintas FARC-EP. También se evidenció cómo la mayoría de los incumplimientos están relacionados con el rearme de las y los excombatientes en los diversos grupos armados o disidencias que se han conformado después de la firma del AFP. Este escenario nos lleva a preguntar qué puede estar causando este fenómeno, a partir del conocimiento que ha adquirido la SAI en estos años. La Sala ha entendido que entre las principales causas, si bien no es una justificación del incumplimiento del régimen de condicionalidad, se encuentran diversos problemas con la implementación integral del AFP y, por tanto, con la reincorporación de las y los firmantes de paz.

La reincorporación social es retadora porque exige cierto desarraigo. Aunque la palabra incorpora un ánimo de retorno, en un proceso de "reincorporación" a la vida civil de sujetos desmovilizados de grupos armados, coexiste la idea de pérdida; de dejar atrás. Este "dejar atrás" implica alejarse de experiencias conocidas, de personas con las que se sostuvieron amistades, de rutinas e incluso de roles y dinámicas sociales que tenían lugar en la estructura a la que pertenecían. Por esto, ingresar a una nueva vida, despojándose de la vida armada, no es algo que deba tomarse a la ligera y demanda una participación activa del Estado, que permita el crecimiento de nuevas raíces o, en otras palabras, la consolidación de nuevos arraigos. Esta participación institucional puede darse como un acompañamiento riguroso en ámbitos psicológicos, económicos y educativos, tanto en lo individual como en lo colectivo, pues las y los firmantes de paz que entregan las armas salen del contexto social que conocían a uno lleno de demandas y discriminación, que, sin un debido apoyo institucional, fácilmente derivan en frustración y reincidencia.

Tal vez muchos de los casos que se estudian en un trámite de incumplimiento del régimen de condicionalidad son el resultado de un indebido acompañamiento institucional. Sin ánimo de ahondar en el tema, dado que es extenso y complejo, y ameritaría un texto autónomo, es claro que hasta hoy en día existen problemas latentes en la reincorporación integral. En primer lugar, la SAI ha

evidenciado a lo largo de estos años que un alto número de comparecientes han sido amenazados o asesinados. La gravedad de los problemas de seguridad física de las personas excombatientes de las FARC-EP se hizo latente con la declaración de estado cosas inconstitucional "por el bajo nivel de cumplimiento en la implementación del componente de garantías de seguridad a favor de la población signataria del Acuerdo Final de Paz en proceso de reincorporación a la vida civil, de sus familias".[96] Igualmente, la JEP ha tomado acciones para dar respuesta a esta problemática, como i) la adopción de un

> ... trámite de medidas cautelares colectivas de tipo integral preventivo con el fin de proteger, entre otros, los derechos fundamentales del grupo de excombatientes de las FARC-EP comparecientes ante la JEP, en situación de riesgo por las violencias que los afectan, y que para el día de la expedición del Auto ascendían a 193 personas suscriptoras del Acuerdo Final y sujetos de especial protección constitucional dada su vulnerabilidad.[97]

O ii) la creación del Sistema de Monitoreo de Riesgos de la Unidad de Investigación y Acusación de la JEP (UIA).[98] Sin embargo, es innegable que la situación de seguridad en muchas zonas del país ha empeorado y que los firmantes de paz se enfrentan al asedio constante de estos nuevos grupos armados.

Por otra parte, la SAI también ha podido evidenciar de primera mano algunos de los problemas que se presentan en la implementación de los proyectos productivos que lidera la Agencia para la Reincorporación y Normalización (ARN). Desde 2022, la SAI ha realizado visitas a seis Antiguos Espacios Territoriales de Capacitación y Reincorporación (AETCR), en las cuales, además de realizar jornadas pedagógicas para las y los firmantes de paz sobre los beneficios transicionales, se han recorrido los diversos proyectos productivos. Si bien muchos de estos son exitosos, la Sala también ha recibido quejas sobre el incumplimiento en la implementación de los proyectos, como, por ejemplo, el acceso a la tierra o a los recursos económicos para desarrollarlos. Los proyectos representan una fase relevante de la reincorporación social, pues de ellos depende el sustento económico para construir una nueva vida.

La seguridad física o la reincorporación económica son problemas estructurales de la implementación del AFP que escapan de la competencia de la JEP, a pesar de que se han intentado buscar soluciones con diversas acciones. No obstante, la JEP sí tiene la responsabilidad de garantizar la seguridad jurídica para las y los comparecientes, siendo esta otro de los pilares de la reincorporación integral. Particularmente, la SAI, mediante el otorgamiento de los beneficios

---

[96] Corte Constitucional, Sentencia SU-020 de 27 de enero de 2022, M. P. Cristina Pardo Schlesinger.
[97] JEP - Sección de Ausencia de Reconocimiento de Verdad, Auto AT-057 de 29 de abril de 2020.
[98] Sistema disponible en: https://www.jep.gov.co/uia/Paginas/mecanismo_monitoreo/index.aspx.

transicionales, como lo son la amnistía *de iure* o de Sala, cumple con la definición de la situación jurídica de una parte de los antiguos miembros y colaboradores de las FARC-EP. Hasta el momento, la SAI ha evacuado aproximadamente el 75% de las solicitudes que ha recibido desde el inicio de sus labores.[99] La solución de los trámites de la SAI es una de las formas de garantizar seguridad jurídica a las y los firmantes, pero también lo es tener un diálogo directo para que quienes comparecen ante la JEP tengan claras las rutas y los procedimientos, razón por la cual se están desarrollando las jornadas de pedagogía en los AETCR que fueron mencionados anteriormente.

El aumento de los IIRC desmotiva, sin duda, a las y los operadores jurídicos de la JEP, que trabajan cada día por materializar la garantía de no repetición, que es una de las salvaguardas fundamentales para cerrar el círculo de la guerra. Con el creciente número de incidentes, son tangibles los diversos problemas en las rutas de reincorporación efectivas que faciliten ese "dejar atrás", dando la bienvenida a otras realidades posibles de desarrollo personal y familiar, profesional y económico. Pese a ello, el número de comparecientes comprometidos con el AFP y con la JEP es mucho mayor al de quienes han defraudado al sistema. Su compromiso y resistencia con un país y una vida en paz debe seguir siendo uno de los motores para continuar trabajando por la correcta implementación del Acuerdo Final de Paz

Bibliografía

Congreso de la República de Colombia, Ley 1820 de 2016 "Por medio de la cual se dictan disposiciones sobre amnistía, indulto y tratamientos penales especiales y otras disposiciones", *Diario Oficial* 50.102 de 30 de diciembre de 2016.

Congreso de la República de Colombia, Ley 1922 de 2018 "Por medio de la cual se adoptan unas reglas de procedimiento para la Jurisdicción Especial para la Paz", *Diario Oficial* 50.658 de 18 de julio de 2018.

Congreso de la República de Colombia, Ley 1957 de 2019 "Estatutaria de la Administración de Justicia en la Jurisdicción Especial para la Paz", *Diario Oficial* 50.976 de 6 de junio de 2019.

Corte Constitucional, Sentencia C-674 de 2017, M. P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

Corte Constitucional, Sentencia C-007 de 2018, M. P. Diana Fajardo Rivera.

[99] Cifra presentada por el Departamento de Planeación de la JEP, según la cual, a corte de diciembre de 2023, a la SAI se le habían repartido 7.635 solicitudes, de las que se encontrarían pendientes 1.948.

Corte Constitucional, Sentencia C-080 de 2018, M. P. Antonio José Lizarazo Ocampo.
Corte Constitucional, Sentencia SU-020 de 2022, M. P. Cristina Pardo Schlesinger.
Corte Constitucional, SU-088 de 2024.
JEP - Salas de Justicia, Sala de Amnistía o Indulto, Resolución SAI-IN-DF-002-2021 de 28 de enero de 2021.
JEP - Salas de Justicia, Sala de Amnistía o Indulto, Resolución SAI-AOI-I-ASM-013-2022 de 21 de octubre de 2022.
JEP - Salas de Justicia, Sala de Amnistía o Indulto, Resolución SAI-SUBB-IC-D-010-2022 de 2 de diciembre de 2022.
JEP - Salas de Justicia, Sala de Amnistía o Indulto, Salvamento parcial de voto, magistrada Diana María Vega Laguna a la Resolución SAI-IC-D-SUBA-006-2023 de 30 de enero de 2023.
JEP - Salas de Justicia, Sala de Amnistía o Indulto, Resolución SAI-SUBB-IC-D-009-2023 de 2 de mayo de 2023.
JEP - Salas de Justicia, Sala de Amnistía o Indulto, Resolución SAI-SUBA-IC-D-020-2023 de 1° de agosto de 2023.
JEP - Salas de Justicia, Sala de Amnistía o Indulto, Resolución SAI-DF-ASM-033 de 8 de septiembre de 2023.
JEP - Salas de Justicia, Sala de Amnistía o Indulto, Resolución SAI-SUBA-IC-D-036-2023 de 4 de diciembre de 2023.
JEP - Salas de Justicia, Sala de Amnistía o Indulto, Salvamento de voto, magistrado Pedro Julio Mahecha Ávila a la Resolución SAI-SUBA-IC-D-034-2023 de 6 de diciembre de 2023.
JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 288 de 13 de septiembre de 2019.
JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 289 de 13 de septiembre de 2019.
JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 1136 de 2 de junio de 2022.
JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 1230 de 14 de septiembre de 2022.
JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 1315 de 29 de diciembre de 2022.
JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 1410 de 26 de abril de 2023.
JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Sentencia Interpretativa TP-SA-Senit 4 de 26 de abril de 2023.
JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 1382 de 15 de marzo de 2023.

JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 1446 de 15 de junio de 2023.
JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 1472 de 26 de julio de 2023.
JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 1477 de 10 de agosto de 2023.
JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 1488 de 24 de agosto de 2023.
JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 1492 de 30 de agosto de 2023.
JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 1532 de 1° de noviembre de 2023.
JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Ausencia de Reconocimiento de Verdad, Auto AT-057 de 29 de abril de 2020.

16

El caso Santrich: un entrampamiento a la paz*

‹**CATERINA HEYCK PUYANA**› Magistrada de la Sección de Revisión del Tribunal para la Paz

Resumen: El artículo explica el caso Santrich, el boicot probatorio y la campaña de desinformación mediática para desacreditar a la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP) y al Acuerdo de Paz con las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia-Ejército del Pueblo (FARC-EP). Aborda otros episodios relacionados con este asunto, las investigaciones y denuncias que se hicieron posteriormente, y pone de presente los grandes interrogantes que deja. Concluye que fue un entrampamiento a la paz cuyos máximos responsables continúan en la impunidad.

Palabras clave: garantía de no extradición; extradición; Santrich; Sección de Revisión; Fiscalía; entrampamiento a la paz.

Abstract: The article explains what the Santrich case was, the evidentiary boycott and the media disinformation campaign to discredit the JEP and the Peace Agreement with the FARC. It addresses other episodes related to this matter, the investigations and complaints that were later made and highlights the important questions it leaves behind. It concludes that it was a trap for peace whose main perpetrators continue to remain unpunished.

Keywords: Guarantee of non-extradition; extradition; Santrich; Review Section; Prosecutor's Office; entrapment of peace.

* Agradezco los aportes y la revisión de este artículo por parte de los servidores del despacho Felipe Carranza, Juan Camilo Pedraza, Paola Gracia y Magda Belalcázar. Expreso mi reconocimiento al trabajo en equipo de los despachos del magistrado sustanciador del caso, entonces presidente de la Sección de Revisión, Jesús Ángel Bobadilla, de su magistrada auxiliar María Camila Arellano, del magistrado Adolfo Murillo (magistrados auxiliares Diego Tarapués y William Peña) y de los magistrados auxiliares de mi despacho Catalina Medina y Héctor Cruz.

VOLVER A TABLA DE CONTENIDO

Introducción

El caso que ha generado más expectativas y controversia en los medios de comunicación y en la opinión pública, con el que se inició la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP), es el de la garantía de no extradición de Seuxis Paucias Hernández Solarte (Jesús Santrich), quien fue uno de los líderes más conocidos de la extinta guerrilla de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia-Ejército del Pueblo (FARC-EP). A pesar de lo mediático que fue, la ciudadanía no entendió bien de qué se trataba el asunto, ni en qué consistía el trámite de una garantía pactada en el acuerdo; mucho menos comprendió qué fue lo que al final decidió la Sección de Revisión (SR). Una fue la realidad procesal y probatoria, y otra la imagen que la sociedad tuvo del proceso.

El desconocimiento general del caso fue una constante; mucha gente pensó, por la desinformación, ignorancia y nula lectura de la decisión, que la JEP había "absuelto por narcotráfico a Santrich", frente a quien había "copiosa prueba".[1] Esta afirmación se la hizo decir el fiscal Néstor Humberto Martínez al presidente Santos, el 9 de abril de 2018, cuando ambos, en declaración pública, le informaron al país sobre su captura.[2]

El trámite, la decisión del caso y todo lo que sucedió ameritarían una película, pues fue toda una trama de suspenso, misterio, mentiras y engaño. Pero realmente debería implicar una investigación judicial a profundidad, seria e independiente, para que la verdad completa pueda salir a la luz y los máximos responsables sean determinados. Se trató de un ataque directo al proceso de paz, a la JEP y a la soberanía de Colombia. Fue un "entrampamiento a la paz", y esto lo afirmo como testigo directo del caso, al haber sido una de las tres personas integrantes de la magistratura de la Sección de Revisión del Tribunal para la Paz que aprobó la garantía de no extradición de Santrich, junto con el magistrado Adolfo Murillo y el magistrado Jesús Ángel Bobadilla, entonces presidente de la Sección y sustanciador del proyecto.[3] También, porque evidencié muchos episodios de cuya oscuridad alerté a la Jurisdicción, bajo el entendido de que era y es misión nuestra proteger el proceso y garantizar la consolidación de una paz estable y duradera, como lo establece la Constitución.

La síntesis que se impone obliga a limitar la extensión del texto y a tratar de exponer todo en pocas palabras, lo suficientemente claras, que en algo mitiguen el mal de la sembrada ignorancia y desinformación colectiva para generar

---

[1] Entre otros, Presidencia de la República de Colombia, "Declaración del Presidente Santos y del Fiscal General de la Nación", 2018. Disponible en: https://www.youtube.com/watch?v=zw001IfunYk, min.: 6:17.

[2] *Ibid*., min.: 2:43 y ss.

[3] La garantía de no extradición fue fallada por la Sección de Revisión del Tribunal para la Paz conformada por cinco magistrados. Las magistradas Gloria Amparo Rodríguez y Claudia López Díaz suscribieron la providencia con salvamento de voto.

consciencia sobre lo que realmente sucedió, que tiene que ver con la salvaguarda de nuestra soberanía y el Acuerdo Final de Paz (AFP), patrimonio de las colombianas y los colombianos.

El artículo explica qué es la garantía de no extradición, el caso Santrich, su trámite, el "boicot" probatorio, la campaña de desinformación mediática, el caso Bermeo y la decisión final de la SR. Por otra parte, aborda diversas investigaciones sobre el tema, incluyendo la realizada por periodistas, la Comisión de la Verdad (CV) y la experta de las Naciones Unidas, Antonia Urrejola, y la denuncia que al final presentó la JEP. Así mismo, incluye la versión del propio exfiscal Néstor Humberto Martínez, quien en 2019 publicó un libro de crítica al proceso de paz, cuyo capítulo sobre el caso Santrich es toda una confesión sobre lo que fue su actuación. Al final, presenta una relación de los grandes interrogantes que deja esta trama, cuyo planteamiento sirve de conclusión para quienes lo lean. Fue un entrampamiento a la paz y esto hay que decirlo con todas sus letras.

Sobre la garantía de no extradición establecida en la Constitución Política

El Acto Legislativo 01 de 2017 incorporó en la Constitución Política –artículo 19 transitorio– la garantía de no extradición, que había sido expresamente pactada en el Acuerdo de Paz, como una medida de protección judicial para los miembros de la extinta guerrilla de las FARC y la estabilidad del proceso. De conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional y de la SR, el objetivo de esta garantía no es solo otorgar seguridad jurídica a los excombatientes de la extinta guerrilla de las FARC, sino también, garantizar los derechos de las víctimas a la verdad y la justicia. Esto por cuanto si un exmiembro de las FARC, que debe responder judicialmente ante la JEP por los crímenes cometidos en el conflicto armado, es extraditado, ello comporta sustraerlo del deber de responder ante sus víctimas y, por ende, impunidad.

Para que opere la garantía de no extradición deben cumplirse tres factores: el personal, el temporal y el material. El factor personal corresponde a la acreditación de la pertenencia del solicitante a las antiguas FARC, bien porque fue incluido en los listados de la guerrilla o porque fue acusado o condenado por pertenecer a dicha organización subversiva. También están incluidos quienes son familiares de los firmantes del Acuerdo de Paz hasta el segundo grado de consanguinidad o primero de afinidad. Por la Constitución, no están incluidos los demás comparecientes a la Jurisdicción, solamente quienes pertenecieron a la guerrilla o sus familiares; de manera que los miembros de la Fuerza Pública, los agentes del Estado no integrantes de las fuerzas militares o los terceros sometidos no tienen el factor personal de la garantía y por ello no pueden reclamarla.

El factor temporal tiene que ver con que los delitos por cuya extradición se requiere al exguerrillero debieron presuntamente haberse cometido durante el conflicto armado, hasta antes de la firma del AFP. Esto se explica porque si el excombatiente siguió delinquiendo, frente a estos delitos la JEP no tiene competencia y debe valorarse si con ellos se incumple el régimen de condicionalidad. Al respecto, el mencionado artículo 19 transitorio constitucional es claro en indicar que no se puede conceder la extradición ni tomar medidas de aseguramiento con fines de extradición respecto de hechos y conductas ocurridos durante el conflicto armado interno o con ocasión de este y hasta su finalización.

El factor material tiene que ver con que la garantía de no extradición corresponda a delitos que guarden relación con el conflicto armado, trátese de conductas amnistiables o no amnistiables, especialmente las que tienen que ver con el delito político, esencialmente la rebelión y conexos. En consecuencia, aquellos delitos que no cumplen con el factor material están por fuera tanto de la competencia de la JEP como del marco de la garantía de no extradición. Piénsese, por ejemplo, en delitos de enriquecimiento ilícito personal o en beneficio privado de un excombatiente que no guardan relación con la guerra interna; estos no son competencia de la JEP, como tampoco están cobijados por la garantía constitucional.

En cuanto a la naturaleza de la garantía, como su nombre lo indica, es una *garantía* de rango constitucional, pues está consagrada en la carta política. Su otorgamiento o aplicación comporta el ejercicio de una función, también de carácter constitucional, en cabeza de la SR del Tribunal para la Paz de la JEP. Esta función es diferente a la que cumple la Corte Suprema de Justicia en los procesos de extradición ordinaria, pues en ellos la Corte lo que emite es un "concepto" (no una providencia) sobre la acreditación del cumplimiento de unos requisitos de carácter formal por parte del Estado requirente.

Ahora bien, aun cuando la función de la Sección de Revisión no comporta determinar la responsabilidad penal del solicitante de la garantía acusado en otro Estado, sí corresponde a una labor judicial que debe adelantarse en el marco del debido proceso y de una actividad probatoria. En esto es menester hacer énfasis, porque en un inicio se decía que la labor de la Sección de Revisión era apenas "notarial", pero la Corte Constitucional lo desmintió en el auto que resolvió el conflicto de jurisdicciones que presentó la Fiscalía (Auto 401 del 27 de junio de 2018) y en la sentencia que estudió la demanda de inconstitucionalidad contra un aparte del artículo 54 de la Ley de Procedimiento de la JEP, que le prohibía a la SR practicar pruebas.

Esta última se trata de la Sentencia C-112 de 2019, donde la Corte aclaró que los magistrados de la Sección no son "arúspices", que su labor no puede limitarse a la "verificación" de una simple lista de chequeo. De hecho, este verbo rector (verificar) también fue declarado inexequible, pues la norma constitucional

refiere otra palabra: "evaluar", que claramente es distinta. Así, la función que ejerce la SR, cuando se alega que la conducta fue cometida después de la firma del AFP, corresponde a: "evaluar la conducta para determinar la fecha precisa de su realización", y el cumplimiento de la misma debe darse dentro del marco del debido proceso, sobre la base de una actividad probatoria.

Según la Corte Constitucional, en la referida sentencia, la garantía de no extradición implicó una "modificación sustancial" al procedimiento ordinario, que implica una "etapa judicial especial" consagrada en el artículo 19 transitorio constitucional, cuyo titular no solo corresponde al excombatiente que la solicita, sino también a las víctimas, que verían sus derechos reducidos o "desaparecidos" si de quienes depende su realización son enviados a otro país.

El artículo 19 transitorio constitucional establece:

> … cuando se alegue, respecto de un integrante de las FARC-EP o de una persona acusada de ser integrante de dicha organización que la conducta atribuida en la solicitud de extradición hubiere ocurrido con posterioridad a la firma del Acuerdo Final, la Sección de Revisión del Tribunal para la Paz evaluará la conducta atribuida, para determinar la fecha precisa de su realización y decidir el procedimiento apropiado.

En consecuencia, según la norma constitucional transitoria, en el evento en que se concluya que la conducta ocurrió con anterioridad al AFP, la Sección la debe remitir a la Sala de Reconocimiento y excluir la extradición; si fue después del Acuerdo, la debe remitir a la autoridad competente, "sin excluir la posibilidad de extradición". Para resolver lo anterior, la Constitución da un plazo máximo de 120 días, "salvo en casos justificados que dependan de la colaboración de otras instituciones".

Hasta la fecha han sido radicadas en la SR 73 solicitudes de garantía de no extradición, de las cuales, 63 fueron negadas por diferentes razones, 8 fueron desistidas, una se terminó por muerte y una sola ha sido concedida por la Sección de Revisión, la de Seuxis Paucias Hernández Solarte (Jesús Santrich).[4]

Solicitud y trámite de la garantía de no extradición de Santrich

El 11 de abril de 2018, la Secretaría Judicial de la SR del Tribunal para la Paz recibió la solicitud de garantía de no extradición presentada por el apoderado del señor Seuxis Paucias Hernández Solarte (Jesús Santrich), quien había sido aprehendido el 9 de abril anterior, en cumplimiento de una orden de captura con fines de extradición a los Estados Unidos expedida por la Fiscalía General de la Nación.

[4] La Sección de Apelación también decidió conceder una garantía de no extradición, en el caso de Pedro Luis Zuleta Noscué, en el marco del recurso de apelación interpuesto por él.

Mediante el Auto SRT-AE-004 del 19 de abril de 2018, la SR decidió agotar una fase previa en la que solicitó al fiscal general de la nación la remisión de los documentos relacionados con el trámite de extradición y la privación de la libertad de Santrich. A este requerimiento, la Fiscalía contestó que, por ley, el Estado requirente tenía 60 días para formalizar el pedido de extradición, lo que, si se daba, implicaría el traslado del Ministerio de Relaciones Exteriores al de Justicia, instancia desde la cual el expediente sería enviado a la JEP.

Posteriormente, mediante el Auto SRT-AE-007 de 16 de mayo de 2018, la SR avocó conocimiento de la solicitud de garantía de no extradición y requirió al fiscal general que remitiera la información requerida en el anterior auto, frente a lo cual no tuvo respuesta. La negativa obedeció al conflicto de jurisdicciones que el fiscal suscitó ante la Corte Constitucional, instancia que después, contrario a lo pretendido, en el Auto 401 de 27 de junio de 2018, le ordenó remitir a la Sección de Revisión el expediente completo. La Corte ratificó la competencia de la SR en cuanto a la garantía de no extradición, pero no frente a la privación de la libertad del exguerrillero.

Así, en cumplimiento de dicha decisión de la Corte Constitucional, la directora de Asuntos Internacionales de la Fiscalía, en oficio de 27 de julio de 2018, remitió copia del expediente de extradición, que constaba básicamente de los documentos formales mediante los cuales las autoridades de los Estados Unidos de América solicitaban la extradición del señor Hernández Solarte y de los soportes de la captura. No había nada más.

Sin embargo, en atención a que el 9 de abril de 2018, cuando se dio la captura de Santrich, en la mencionada declaración pública, el entonces fiscal general Martínez Neira y el presidente Santos habían anunciado que existía "copiosa prueba"[5] que daría cuenta de delitos de narcotráfico cometidos por el señor Hernández Solarte luego de la firma del AFP y, como quiera que varios medios de comunicación emitieron notas de prensa informando que la Fiscalía tenía en su poder elementos de convicción como audios y videos (algunos de los cuales fueron exhibidos con logos de la entidad), la SR profirió el Auto SRT-AE-046 del 12 de septiembre de 2018, en el que requirió al fiscal que remitiera de manera inmediata el expediente completo de la extradición, "incluyendo la documentación y el respaldo probatorio (audios y videos) que están en su poder".

A este requerimiento, la Fiscalía dio respuesta el 25 de septiembre de 2018 informando que no contaba con las evidencias sobre las conductas que subyacen al pedido de extradición, porque las mismas estaban en la jurisdicción del país requirente. El entonces fiscal general expresó puntualmente: "Lamento que para formular este requerimiento ustedes apelen a una transcripción

[5] Presidencia de la República de Colombia, Declaración del Presidente Santos y del Fiscal General de la Nación, mins. 2:43 y 6:17, respectivamente.

parcial de la rueda de prensa, haciendo caso omiso de que los audios y videos son pruebas que obran en el proceso americano".

También, manifestó:

> Empero, en el mejor propósito de coadyuvar con esa Sección en el estricto cumplimiento de las tareas que le asignó la Constitución en materia de extradición, la Fiscalía podría compartir con la Jurisdicción Especial para la Paz, algunos elementos materiales probatorios que fueron recaudados en sendas investigaciones contra el señor MARLON MARIN (y no contra el señor Seuxis Paucias HERNÁNDEZ SOLARTE), que obran en los radicados números 110016000101201700020 y 110016099095201700088, en los cuales se alude a las actividades del ciudadano HERNÁNDEZ SOLARTE, las cuales fueron ofrecidas en su oportunidad a las autoridades de los Estados Unidos de América.

Días después, el 1° de octubre de 2018, pasada la jornada laboral, al iniciar la noche, llegó a la JEP un mensajero de la Fiscalía que preguntó por el magistrado Bobadilla (quien no se encontraba a esas horas en la oficina) o la suscrita magistrada, a efectos de entregar a la mano un sobre sellado. Gracias al buen consejo de la entonces secretaria judicial, doctora Mónica Puentes, que a esa hora estaba en la oficina, me negué a recibirlo de la manera planteada y ordené que fuera entregado y radicado formalmente. El sobre contenía un oficio remisorio de una memoria USB (sin número de identificación) donde venían grabados 12 archivos de audio de interceptaciones telefónicas de investigaciones de radicados diferentes (relativos a la investigación por corrupción en el manejo de recursos de servicios de salud para excombatientes) en contra de Marlon Marín, sobrino de Iván Márquez, exjefe guerrillero de las antiguas FARC. Las interceptaciones estaban incompletas, las conversaciones habían sido cortadas o editadas, no venían con informe de analista de línea ni orden de interceptación, como tampoco cadena de custodia.

Por lo anterior, mediante auto de decreto probatorio SRT-AE-059 del 23 de octubre de 2018, la SR solicitó a la Fiscalía que remitiera los audios originales o la copia espejo de las interceptaciones realizadas dentro de la investigación contra el señor Marlon Marín, así como el acta o registro de las audiencias de control de legalidad. También, decretó una solicitud de asistencia judicial a los Estados Unidos de América para obtener las pruebas sustento de la solicitud de extradición (a través de carta rogatoria), para lo cual requirió el apoyo de la Fiscalía General de la Nación. Asimismo, requirió a la Oficina de Asuntos Internacionales de la Fiscalía que remitiera copia de la solicitud de asistencia judicial elevada por los Estados Unidos dentro de la investigación contra Santrich y de las correspondientes autorizaciones a dichas autoridades extranjeras para la práctica de diligencias en territorio nacional, incluidas las proferidas por los jueces de la República.

Frente a la solicitud de copia de la asistencia y autorizaciones judiciales de los agentes encubiertos, la directora de Asuntos Internacionales de la Fiscalía contestó el 3 de diciembre de 2018 afirmando que, por tratarse de "particulares" en un contexto criminal, no requerían autorización alguna y que, por ende, era "inviable" para la Fiscalía remitir la documentación requerida.

Hasta ese momento, la Procuraduría General de la Nación también había mostrado una férrea oposición al trámite adelantado por la SR, pues había interpuesto recursos de reposición, y en subsidio apelación, en contra del auto de avocar conocimiento, de 16 de mayo de 2018, y en contra del auto por el cual se decretaron pruebas, de 23 de octubre del mismo año, los cuales fueron resueltos en contra de su argumentación. Para la representante del Ministerio Público, la JEP no debía suspender el trámite de extradición mientras se resolvía sobre la aplicación de la garantía,[6] y no estaba de acuerdo con el tipo de pruebas que había decretado para alcanzar su decisión.[7]

Boicot probatorio y campaña mediática de desinformación

Como se evidencia en el anterior recuento, la Fiscalía sistemáticamente negó la remisión de pruebas a la Sección de Revisión. Al inicio, invocó que aún no tenía los soportes; luego, presentó el conflicto de jurisdicciones ante la Corte Constitucional e incluso invocó la prohibición establecida en el otrora artículo de la Ley Procesal de la JEP, la recién expedida Ley 1922, a la que el entonces partido político opositor del Gobierno y del AFP, el Centro Democrático, le había introducido en el debate del Congreso un aparte específico en la regulación del trámite de la garantía, en el que expresamente se prohibía a la SR practicar pruebas.[8]

Por esto, en un inicio, la Sección tuvo que declarar la excepción de inconstitucionalidad de la norma, a efecto de poder decretar las pruebas que requería. Sin embargo, afortunadamente, luego, la Corte Constitucional declaró la inexequibilidad de dicha prohibición, pues era contraria a la Constitución Política.

---

[6] Así fue recogido, por ejemplo, en la nota periodística de Ámbito Jurídico, "Procuraduría califica de error jurídico suspensión de proceso de extradición de Jesús Santrich (9:26 a.m.)", 2018. Disponible en: https://preambitojuridico.legis.com.co/noticias/penal/procuraduria-califica-de-error-juridico-suspension-de-proceso-de-extradicion-de.

[7] Al respecto, por ejemplo, véase el artículo de prensa Asuntos Legales, "La Procuraduría General rechazó la solicitud que realizó la JEP en el caso de Santrich", 2018. Disponible en: https://www.asuntoslegales.com.co/actualidad/la-procuraduria-rechazo-la-solicitud-que-hizo-la-jep-en-el-caso-de-jesus-santrich-2789288.

[8] La proposición sobre la limitación de la facultad probatoria de la garantía de no extradición fue presentada en el último debate de discusión del entonces proyecto de ley procesal de la JEP por el senador del Centro Democrático Alfredo Rangel. Dada la diferencia en lo aprobado entre Senado y Cámara debió pasar a conciliación, donde quedó aprobado el texto del Senado. Véase Informe de la Subcomisión Accidental, Proyecto 225/18 Senado, 239 /18 Cámara, *Gaceta del Congreso* 872 del 22 de octubre de 2018.

Para ser precisos, la Corte declaró la inconstitucionalidad de la palabra "verificará", pues la correcta era la establecida en la Constitución: "evaluará", y la palabra "no" en la última frase del primer párrafo, de manera que en lugar de decir "No podrá practicar pruebas", quedó: "Podrá practicar pruebas".

De esta historia llama la atención que expresamente se le hubiera mandado prohibir a un órgano judicial (la SR) el decreto de pruebas, lo cual en su momento fue invocado por el fiscal general a la Sección en contra de su requerimiento probatorio. Era absurdo que una ley les prohibiera a unos jueces de la República practicar pruebas y que el propio fiscal les enrostrara dicha imposibilidad, pero así fue y debe recordarse con énfasis porque este episodio no fue aislado y tiene relación con todo lo que sucedió después.

De hecho, el propio exfiscal Martínez, un año después, en el libro que publicó en 2019, expresamente relata lo que fueron sus gestiones para impedir la facultad probatoria de la SR en la Ley de Procedimiento de la JEP, entonces en discusión en el Congreso. Cuenta que mandó una carta al Congreso en mayo de 2018, en la que cuestionaba el artículo 54 y la posibilidad de que la JEP decretara pruebas. También, que para este propósito promovió una reunión a instancias de la vicepresidencia con los ponentes del Congreso, en la que participaron los miembros de la Comisión de Seguimiento, Impulso y Verificación a la Implementación del Acuerdo de Paz (CSIVI), los máximos líderes de las FARC y su abogado Enrique Santiago, cuya "altanería", según dice, al final obstaculizó su empeño.[9]

Vale destacar que a pesar de que el fiscal se negó a remitir a la SR las pruebas que supuestamente había contra Santrich, luego decidió mandar unas a su antojo, a deshoras, en una memoria USB dentro de sobre cerrado y sin el debido control de legalidad, las cuales correspondían a otro proceso y no tenían mayor utilidad, pero en cambio le anunciaba al país que sí las tenían.[10]

Por esto, quienes integramos la SR fuimos testigos de cómo, mientras los medios de comunicación informaban a la opinión pública que el fiscal le había remitido todas las pruebas para fallar el caso, lo que realmente recibía y reposaba en el expediente no tenía ninguna utilidad. Y por aquella frase según la cual "los jueces solo se pronuncian en sus sentencias y decisiones judiciales", la Sección se limitó a concentrarse en su labor judicial. Infortunadamente, no hubo ninguna estrategia mediática en la JEP, como sí la tuvo Martínez para hacer creer que había "copiosa prueba", a fin de contrarrestar el falso convencimiento de la ciudadanía. Una era la realidad procesal del caso y otro el imaginario colectivo.

---

9 Néstor Martínez, *Las dos caras de la paz*, Bogotá, Editorial Planeta, 2019, p. 182.

10 El fiscal Martínez insistió desde entonces en que "las pruebas están ahí" y en que "las pruebas están completas". Revista *Semana*, "No le respondo a gente que está en la cárcel": fiscal general sobre Santrich", 29 de octubre de 2018. Disponible en: https://www.semana.com/nacion/articulo/no-le-respondo-a-gente-que-esta-en-la-carcel-fiscal-general-sobre-santrich/588740/.

No se entendía cómo, desde el día de la captura de Santrich, el fiscal Martínez –acompañado del presidente Santos, a quien hizo hablar ante la prensa para darle al país la certeza de la existencia de pruebas–[11] misteriosamente empezó a circular en medios de comunicación un video inaudible de Santrich, supuestamente negociando droga con unos narcotraficantes, pero este nunca le fue remitido a la JEP.

Adviértase que la solicitud de extradición de Estados Unidos contra Santrich no era por una condena en ese país, sino por un *indictment*, que es una acusación, de manera que su presunción de inocencia en teoría permanecía incólume. Parecía que este concepto fundamental no era entendido por quienes pretendían que a la Sección le bastaba con leer y dar por sentado que lo que decía la acusación, las fechas allí indicadas, eran por sí mismas verdad, sin tener que entrar a pedir pruebas que lo soportaran. Muchos criticaban que la Sección se atreviera a desconocer la veracidad de lo que relacionaba el *indictment*.

Reitero, la solicitud de extradición no era para que Santrich fuera a purgar la pena por un delito por el cual había sido condenado en los Estados Unidos, luego de un proceso judicial con pruebas y debido proceso. No, era por una simple acusación (un *indictment*). Como si dependiendo de la nacionalidad de la autoridad que acusa, puede el juez requerir o no pruebas. Otro habría sido el supuesto si el pedido de extradición hubiera correspondido a una sentencia judicial porque se trataba de una persona condenada en ese país que debía ser extraditada para purgar su pena, pero no, el caso se trataba de una acusación y la evaluación de la conducta para determinar su fecha precisa exigía una actividad probatoria.

Finalmente, vale la pena referir el patético capítulo de la pérdida de la carta rogatoria a los Estados Unidos. Después de meses de espera y del indefinido silencio de las autoridades de este país, a quienes la SR les había pedido por conducto del canal oficial, esto es, por la Dirección de Asuntos Internacionales del Ministerio de Justicia, compartir el fundamento probatorio de la acusación, el país se enteró de que la carta se había extraviado y había aparecido en Panamá, supuestamente por error de la empresa de correos 472.

Al poco tiempo, en oficio con fecha del 26 de febrero de 2019, las autoridades de los Estados Unidos contestaron negando la remisión de las pruebas,

[11] El 9 de abril de 2018, en declaración pública con presencia de los medios de comunicación, el presidente Santos le comunicó al país: "El fiscal general de la nación me ha informado que como resultado de rigurosas investigaciones tiene pruebas contundentes y concluyentes, contundentes y concluyentes [repitió] que demostrarían la responsabilidad del señor Seuxis Hernández, conocido como Jesús Santrich, en delitos de narcotráfico cometidos después de la firma del acuerdo". (Presidencia de la República de Colombia, Declaración del Presidente Santos y del Fiscal General de la Nación, min. 2:43 y ss.).

con el argumento de que no eran necesarias y que el requerimiento estaba en contravía de la tradición en el relacionamiento de ese país con Colombia.[12]

Trámite de las dos solicitudes de garantía de no extradición relacionadas con Santrich: los casos Gómez España y Younes Arboleda

Por haber sido parte de la historia, es importante comentar lo relativo a estos dos nombres. En el mismo *indictment* de los Estados Unidos, junto con Santrich, estaban también acusados los señores Marlon Marín, Armando Gómez España y Fabio Younes Arboleda,[13] bajo el entendido de que todos ellos se habrían concertado para introducir cocaína a los Estados Unidos.

Marlon Marín, el sobrino de Iván Márquez, nunca solicitó la garantía de no extradición. De hecho, no la necesitó, porque al parecer era agente encubierto de la DEA, le dieron protección y terminó viajando a los Estados Unidos en calidad de testigo protegido. Gómez España, al igual que Younes Arboleda, solicitaron que se les concediera la garantía de no extradición.

Para estos dos casos, la SR también tuvo que adelantar sendos trámites con todo el rigor y cumplimiento del debido proceso. Inicialmente, en la fase previa, decretó pruebas para verificar el cumplimiento del factor personal (esto es, la pertenencia a las antiguas FARC de los solicitantes) y encontró que no lo tenían, pues no estaban incluidos en los listados de la Oficina del Alto Comisionado para la Paz entregados por esa organización y tampoco habían sido acusados o condenados por ser parte de la extinta guerrilla. En consecuencia, la Sección decidió en ambos casos de manera negativa a sus pretensiones frente a la garantía; decisiones que, a su turno, tuvieron recursos de reposición –y uno de ellos llegó hasta apelación–, los cuales fueron resueltos desfavorablemente para los aplicantes.[14]

Es interesante rememorar cómo en la segunda instancia del caso Younes Arboleda se dio una discusión sobre el valor probatorio del *indictment* para probar el factor personal, lo que la SR había descartado, siendo ese su fundamento para adoptar la decisión. En su criterio, era ilógico que la pertenencia a las FARC se pudiera acreditar con la simple acusación de una autoridad extranjera, que no puede investigar ni condenar el delito político de rebelión en Colombia.

---

[12] Esto se conoció también a través de los medios de comunicación. Véase *El Tiempo*, "Estados Unidos asegura que no enviará las pruebas en el caso Santrich", 1 de marzo de 2019. Disponible en: https://www.eltiempo.com/justicia/jep-colombia/estados-unidos-responde-a-la-jep-que-no-enviara-las-pruebas-en-el-caso-santrich-332920.

[13] Corte Distrital de los Estados Unidos para el Distrito Sur de Nueva York, Indictment 18.CRIM.262, 4 de abril de 2018.

[14] JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Revisión, autos SRT-AE-077/2018 del 30 de noviembre, SRT-AE-078/2018 del 5 de diciembre, SRT-AE-007/2019 y SRT-AE-008/2019, estas dos últimas decisiones de 21 de enero, y Sección de Apelación, Auto TP-SA 273 de 28 de noviembre de 2019.

Lo anterior, por cuanto en el *indictment* se indicaba que los acusados eran miembros y socios de las FARC y ese fue el argumento base del recurso. Al respecto, la Sección de Apelación, en consonancia con otras decisiones posteriores en las que le dio suficiente valor probatorio al *indictment* –por sí mismo–, señaló que, a pesar de que solo el Estado colombiano tiene interés en judicializar la rebelión, bien podía servir para acreditar el factor personal de pertenencia a las FARC.[15] No obstante, confirmó la decisión de la negativa de la garantía, sobre la base de la indicación de la fecha que se hacía en el *indictment*.

Finalmente, Armando Gómez España y Fabio Younes Arboleda terminaron extraditados a los Estados Unidos.

Sobre los alegatos de conclusión de Santrich

En escrito fechado el 11 de marzo de 2019, Santrich presentó sus alegatos de conclusión dentro del trámite de la garantía de no extradición; es un documento extenso en el que relata su vida, su papel en la antigua guerrilla de las FARC y expone su defensa en el caso. En cuanto a lo primero, relató que nació en Toluviejo, que cursó sus estudios de primaria, bachillerato y universidad en Pasto, Tolú y Barranquilla. Fue egresado de Ciencias Jurídicas y Económicas de la Universidad del Atlántico, donde también tomó cursos de música y pintura.

Sobre su papel en la guerrilla, relató que ingresó al Frente 19 José Prudencio Padilla y que su papel consistió en apoyar actividades políticas, de educación, alfabetización y propaganda. Con Simón Trinidad crearon la emisora radial Resistencia Caribe FM Stereo, donde se encontraba hasta que fue llamado a formar parte de los diálogos en La Habana en 2012, luego de la apertura formal, pues no participó en las conversaciones exploratorias.

Según indicó, en los diálogos de La Habana tuvo un papel importante, sobre todo por su crítica a la guerra contra el narcotráfico, la erradicación forzada y el glifosato y la promoción de la sustitución de cultivos ilícitos. Explicó la lógica del diseño de la garantía de no extradición, justamente por el temor que tenían de ser extraditados con pruebas falsas, como le sucedió a Simón Trinidad.

Relató que luego de la firma del Acuerdo de Paz fue uno de los tres representantes de las FARC en la Comisión de Seguimiento, Impulso y Verificación a la Implementación del Acuerdo Final (CSIVI), lo que le implicó participar en numerosas reuniones para estudiar dos tipos de asuntos: unos, los relacionados con los entonces proyectos de ley para la implementación del Acuerdo, incluyendo la ley de amnistía y la estatutaria de la JEP, así como múltiples decretos con fuerza de ley y otros asuntos sobre proyectos productivos en las entonces zonas veredales que luego se llamaron espacios territoriales de capacitación y

[15] JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 273 de 28 de noviembre de 2019, párrafos 57 y ss.

reincorporación de antiguos combatientes de la guerrilla. Comentó que vivía en casas pagas por el Gobierno con recursos de la paz, las cuales también servían de oficina, pues muchas personas lo visitaban para discutir los diferentes proyectos en los que estaba comprometido.

En cuanto a Marlon Marín, indicó que fue este hombre quien lo buscó y se presentó como vinculado a la Oficina del Alto Comisionado para la Implementación del Acuerdo del Gobierno, en la que trabajaba Rafael Pardo Rueda, quien inicialmente le presentó proyectos en materia de salud para los excombatientes –de los que dijo haber registro documental–, que no salieron adelante y, luego, sobre unas granjas econativas para desarrollar en los espacios territoriales que al parecer se estaban montando con el apoyo de la Organización Internacional para las Migraciones (OIM) y las Naciones Unidas.

Reconoció que al finalizar junio de 2017 sostuvo una reunión en su casa paga por el Gobierno, en el barrio Nicolás de Federmán, en Bogotá, con Armando Gómez España y Fabio Younes Arboleda, a quienes llevó Marlon Marín porque supuestamente estaban interesados en financiar estos proyectos productivos; otra el 2 de noviembre con el hijo de un empresario extranjero a quien le mandó como regalo un afiche de los que entregaba a quienes lo visitaban, y una más, el 9 de febrero de 2019, temprano en la mañana, porque tenía programada una reunión de la CSIVI y había llegado a la ciudad la noche anterior. Relató que a fines del año 2018 e inicios de 2019 se dedicó a la campaña electoral de la extinta guerrilla, dada su candidatura como representante a la Cámara, y que en ello estaba cuando Marlon Marín lo buscó para concretar las reuniones. Que su insistencia le generó desconfianza, hasta el punto de negarse a sus pedidos de hacer llamadas a unos supuestos empresarios con quienes Marín tenía contacto. Expuso que a Iván Márquez le pasó lo mismo con su sobrino.

Luego de una exposición crítica en la que cuestionó la probidad de la DEA y la CIA en históricos episodios como la guerra en Nicaragua, la financiación con dineros de la mafia a los Contras en dicho país, el informe Kerry, el papel del embajador Lewis Tambs en Colombia, entre otros, se presentó como un perseguido de Néstor Humberto Martínez y privado de la libertad sin derecho a control judicial. Reclamó la soledad de su cárcel y el que no tuviera siquiera un lazarillo para ayudarle dada su invidencia. Calificó su caso como un "montaje burdo" con linchamiento mediático del fiscal general, quien lo había presentado sin pruebas como responsable de unos delitos que no cometió.

Dijo que su caso era un "falso entrampamiento" de la DEA y del fiscal Martínez Neira fruto de la animadversión de estos hacia él. Afirmó que nunca en su historia en la subversión tuvo alguna actividad delictiva de las que le endilgaban y que no ha existido ni existe prueba de ello. Afirmó que era "un subversivo, no un traqueto".

El "capítulo Bermeo"

Antes de que la Sección de Revisión tomara la decisión final de la garantía de no extradición, el 1 de marzo de 2019, el país se enteró de un escándalo de corrupción que afectaba gravemente la reputación de la JEP, el cual fue publicitado por los medios de comunicación que repetidamente mostraron las imágenes de un funcionario de la Jurisdicción, en concreto, el fiscal de apoyo de la Unidad de Investigación y Acusación (UIA) de la JEP, Carlos Julián Bermeo. Se informó que era un soborno para incidir en la decisión del caso Santrich. En una grabación, que una persona de identidad desconocida realizó (al parecer un agente encubierto),[16] se le veía recibiendo un paquete con billetes de manos de otras personas de identidad desconocida (posiblemente agentes encubiertos).[17] Las grabaciones correspondieron a dos reuniones sucesivas en dos hoteles cercanos en Bogotá, el Artisan y el Marriot. En este último se dio la segunda reunión en la que participó el político Luis Alberto Gil y fue en ella donde se grabó la imagen de la entrega del dinero (aparentemente, por el agente encubierto)[18] y su recepción por debajo de la mesa por parte del fiscal Bermeo.

Pocos se preguntaron si este funcionario tenía alguna incidencia en el caso Santrich. La respuesta era y es no, pues la SR no le había hecho ningún requerimiento probatorio a la UIA y este fiscal no tenía ninguna tarea o función al respecto, de hecho, era un miembro de bajo nivel e injerencia. Sin embargo, en la opinión pública se sembró la idea de un trasfondo de corrupción en la garantía de no extradición de Santrich.[19]

Tiempo después, los capturados fueron condenados. Llama la atención que en la sentencia proferida por el juez noveno penal del Circuito de Bogotá contra Luis Alberto Gil, se indicó que la Fiscalía General, en cabeza de la delegada contra la Criminalidad Organizada, mediante Resolución de 27 de febrero de 2019, había ordenado la participación de un agente encubierto y la entrega controlada del dinero en el operativo.[20]

---

[16] Entre otros, véase *El Tiempo*, "¿Por qué se usó un agente encubierto en el caso del fiscal de JEP?", 6 de marzo de 2019. Disponible en: https://www.eltiempo.com/justicia/jep-colombia/debate-por-uso-de-agente-encubierto-en-el-caso-del-exfiscal-de-jep-334352; revista *Semana*, "Julián Bermeo, el exfiscal de la JEP que 'vendió su alma' para entorpecer la extradición de Jesús Santrich", 9 de septiembre de 2022. Disponible en: https://www.semana.com/nacion/articulo/julian-bermeo-el-exfiscal-de-la-jep-que-vendio-su-alma-para-entorpecer-la-extradicion-de-jesus-santrich/202246/.

[17] *Idem*.

[18] Revista *Semana*, "La historia detrás de la operación encubierta", 10 de marzo de 2019. Disponible en: https://www.semana.com/nacion/articulo/captura-de-carlos-bermeo-afectara-a-santrich-y-la-jep/604828/.

[19] *Idem*.

[20] Sentencia del Juzgado Noveno Penal del Circuito Especializado de Bogotá, 29 de junio de 2021, p. 5. Por otro lado, de acuerdo con información revelada por la prensa, la mencionada Resolución del 27 de febrero que ordenó los recursos para la entrega controlada fue firmada directamente por el exfiscal Néstor Humberto Martínez (Noticias Uno, "Emisión 13 de diciem-

Bermeo fue condenado por la Sala Penal del Tribunal de Bogotá en agosto de 2022, pero solamente por uno de los tres cargos que le había imputado la Fiscalía y con los que en vano trató de demostrar la existencia de una red corrupta en la JEP y la incidencia de este fiscal en la decisión. Fue condenado por el delito de cohecho, dado que estaba probado que recibió dinero, pero no por los delitos de tráfico de influencias ni concierto para delinquir, por los que fue absuelto.

De este caso llama la atención la presunta participación de agentes encubiertos con acento mexicano. Justamente sobre esta particularidad, el equipo periodístico de Noticias Uno, en emisión del 28 de agosto de 2022, informó sobre la entrevista a un abogado colombiano, quien dijo haber sido contactado por un ciudadano mexicano que le ofreció altas sumas de dinero en dólares para ubicar y corromper a funcionarios de la JEP, pero que no lo había podido concretar. Que este mexicano tenía interés en conseguir a magistrados o a un tal "Giovanni" (refiriéndose al director de la UIA). El abogado comentó que al final temió que quien lo buscaba fuera un agente de la DEA, y que tal "mexicano" finalmente se contactó con el político Luis Alberto Gil, quien sí encontró a un funcionario que cayó en la trampa: el exfiscal Bermeo.[21]

Y aun cuando el caso Bermeo no tenía nada que ver con el trámite de la garantía de no extradición de Santrich, bien pueden comprender las lectoras y los lectores de este artículo que la imagen de corrupción sembrada en la opinión pública implicaba un trasfondo de presión para la magistratura que estaba estudiando el caso, pues una decisión en favor de concederla muy probablemente iba a ser asociada con este corrupto antecedente.

La decisión de la garantía de no extradición a Santrich

El 15 de mayo de 2019, la Sección de Revisión, mediante Auto SRT-AE-030/2019, decidió aplicar la garantía de no extradición a Jesús Santrich, ante la falta de pruebas que permitieran "evaluar la conducta y determinar la fecha precisa de

---

bre de 2020", 14 de diciembre de 2020. Disponible en: https://www.noticiasuno.com/emisiones/emision-noticias-uno-13-de-diciembre-de-2020/). La nota en particular puede verse en Noticias Uno, "Fiscalía Martínez Neira entregó 500 mil dólares a agente de la DEA para trampa a la JEP", 14 de diciembre de 2020. Disponible en: https://www.noticiasuno.com/nacional/fiscalia-martinez-neira-entrego-500-mil-dolares-a-agente-de-la-dea-para-trampa-a-la-jep/. Véase también *El Espectador*, "Exfiscal Martínez autorizó entrega de dineros de la Fiscalía en entrampamiento a Bermeo", 14 de diciembre de 2020. Disponible en: https://www.elespectador.com/judicial/exfiscal-martinez-autorizo-entrega-de-dineros-de-la-fiscalia-en-entrampamiento-a-bermeo-article/#google_vignette. Por otro lado, la propia Fiscalía reconoció el uso de un agente encubierto en este caso en un informe de la entidad. Véase Fiscalía General de la Nación, *La Fiscalía de la Gente. Periodo del Fiscal General de la Nación, Néstor Humberto Martínez Neira. 2016-2019*. Serie Documentos 34. Disponible en: https://www.fiscalia.gov.co/colombia/wp-content/uploads/Informe-de-avances.-Versi%C3%B3n-final_.pdf.

[21] Noticias Uno, "Habló abogado contactado de la DEA para tratar de comprar fallo en la JEP", 28 de agosto de 2022. Disponible en: https://www.noticiasuno.com/nacional/hablo-abogado-contactado-de-la-dea-para-tratar-de-comprar-fallo-en-la-jep/.

su realización". Esta decisión fue adoptada mayoritariamente,[22] y tuvo como fundamento la consideración de los principios *pro homine*, propaz y províctima, ante la ausencia de pruebas y la importancia de salvaguardar el proceso de paz. La Sección también ordenó su libertad.

Entre los fundamentos teóricos de la providencia es relevante destacar el análisis que trae sobre los dos pilares del derecho internacional: la consecución de la paz, como fundamento de la Carta de las Naciones Unidas, y la no impunidad en materia de violaciones de los derechos humanos e infracciones al derecho internacional humanitario (DIH). Allí analiza los deberes que tienen los Estados en materia de cooperación internacional, principalmente para lograr el propósito de investigación y juzgamiento de esta clase de delitos y cómo la extradición no puede oponerse a dicho objetivo. De hecho, esa es justamente la lógica de la Corte Penal Internacional (CPI), que también trae a colación.

En relación con la cooperación judicial internacional, estudia sentencias relevantes de la Corte Suprema de Justicia y de la Corte Constitucional, particularmente la C-176 de 1994 que estudió la exequibilidad de la Ley 67 de 1993 aprobatoria de la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico de estupefacientes. Según esta sentencia, la asistencia judicial en materia penal es de doble vía para los Estados y comporta el deber de sujetarse recíprocamente a las normas, cuando las autoridades pretenden adelantar actuaciones en el extranjero, a efecto de evitar abusos; en cuanto a la actuación de agentes encubiertos en Colombia, aclara que es legal si se ajusta a la ley, en tanto que no lo es la figura del *agente provocador*.

Algo muy importante de destacar del auto que resolvió la garantía de no extradición de Santrich es que, en aplicación del principio *aut dedere aut judic*are (extraditar o juzgar) del derecho internacional, bajo el entendido de que no se descartaba la existencia del delito, decidió compulsar copias a las autoridades nacionales para su investigación penal en Colombia, dentro de ellas, la Corte Suprema de Justicia. En otras palabras, al tiempo que negó la extradición, ordenó remitir copia del expediente para que en Colombia se investigaran las alegaciones de narcotráfico presuntamente cometido en territorio nacional.

La SR encontró que con las pruebas que obraban en el expediente no era posible evaluar de manera apropiada la conducta atribuida a Santrich, no solo porque no fueron remitidas aquellas que daban cuenta, supuestamente, de la comisión de actuaciones criminales, sino porque aquellas que sí estaban en el expediente, o bien trataban sobre investigaciones y hechos diferentes, o tenían serios vicios de ilegalidad.

[22] La decisión fue suscrita y aprobada por los magistrados Jesús Ángel Bobadilla, Adolfo Murillo y Caterina Heyck. Salvaron voto las magistradas Gloria Rodríguez y Claudia López.

En primer lugar, como se mencionó, la Fiscalía General de la Nación remitió doce audios correspondientes a interceptaciones telefónicas realizadas a Marlon Marín, hechas en el marco de investigaciones por posibles conductas cometidas por él, que no eran el sustento de la solicitud de extradición de Santrich. Según la Fiscalía, esas interceptaciones serían la base de investigaciones en contra de otras personas, incluyendo a Santrich, pero lo cierto es que solamente en dos de las doce conversaciones interceptadas habría intervenido Santrich, y no sugerían que se estuvieran abordando asuntos relacionados con narcotráfico que permitieran evaluar la fecha de la alegada conducta. La Sección tuvo que insistir en que su función era evaluar la conducta atribuida en la solicitud de extradición en contra de Santrich, y no la posible responsabilidad de Marín en delitos.

Adicionalmente, de acuerdo con una declaración rendida ante tribunales estadounidenses por uno de los agentes de la DEA que dirigió la operación, y que se había anexado a la solicitud de extradición, la Sección conoció que en la grabación de los videos que incriminarían a Santrich y la supuesta negociación detrás de ellos, habrían participado agentes de la DEA encubiertos, quienes se habrían desplazado a territorio colombiano para actuar bajo la prohibida figura de agentes provocadores. Aun si ese video y otras pruebas hubieran sido enviadas a la Jurisdicción, lo cierto es que la SR tuvo que dejar constancia de que ese tipo de actividades hubieran requerido una solicitud de asistencia judicial elevada formalmente por parte de las autoridades extranjeras que pretendían introducir agentes encubiertos para hacer negociaciones delictivas en suelo colombiano, y que la presencia en lugares como el domicilio del requerido en extradición necesitaba autorización expresa por parte de un juez de control de garantías, de lo cual tampoco existía registro.

Se evidencia entonces que la decisión de la JEP no solamente se tomó porque la Fiscalía no hubiera enviado pruebas que permitieran evaluar la conducta, sino que las pocas evidencias que llegaron al expediente, o no estaban relacionadas con el caso o existían indicios de que habían sido practicadas con violación de la ley colombiana.

Por esas razones, la Sección ordenó también compulsar copias por las irregularidades advertidas en la actuación de agentes encubiertos o testigos cooperantes que estuvieron implicados en conductas delictivas –la negociación de cocaína sin la debida asistencia y autorización judicial–, lo que era muy grave pues implicaba una violación a la soberanía colombiana, a su normatividad interna y al derecho internacional.

A pesar de la importancia de la compulsa de copias por las graves irregularidades que advirtió la SR, esta orden jamás se hizo efectiva porque, como había sucedido en ocasiones anteriores frente a otras decisiones, en esta oportunidad la Procuraduría también interpuso recurso, buscando que la Sección de

Apelación revocara la determinación adoptada por la SR.[23] Como consecuencia de ello, la decisión de aplicar la garantía de no extradición nunca quedó en firme, pues, meses después, teniendo el expediente de la garantía bajo su competencia, la Sección de Apelación excluyó de la Jurisdicción a Santrich, dada su deserción manifiesta del proceso de paz.[24]

El antes y después de la garantía de no extradición: presiones, libertad, huida y asesinato de Santrich

En la noche del sábado 11 de mayo de 2019, cuatro días antes de la decisión de la garantía de no extradición que iba a ser adoptada en Sala Plena del siguiente miércoles 15 de mayo, alrededor de la 8:30 de la noche recibí un mensaje de WhatsApp en mi celular, de parte de quien se identificó como Ernesto Yamhure, un periodista radicado en los Estados Unidos y conocido por su supuesta cercanía con miembros de grupos paramilitares (que no me consta).[25] Me dijo que tenía una "información supremamente delicada" que quería confirmar conmigo.

En mensaje de voz, con tono amenazante, me indicó que sabía que la Embajada de los Estados Unidos "también" había tomado la decisión de "revocar" la visa americana y que esta "medida" estaba en contra mía, del magistrado Bobadilla y de un tercero "cuyo nombre no alcanzó a agarrar", pero al instante indicó que "el tercero tiene apellido Murillo". Ante mi respuesta de no tener información por escrito, indicó: "¿Esa es su respuesta? La soberbia de ustedes los cabecillas de la JEP es infinita".

De esto informé inmediatamente a los magistrados Bobadilla y Murillo, y al día siguiente, domingo en la mañana, a la entonces presidenta de la JEP, la magistrada Patricia Linares. Ese domingo 12 de mayo, la Embajada de los Estados Unidos en Colombia sacó un comunicado de prensa en el que reafirmaba su amistad y alianza con este país e indicaba que los expedientes de visa son confidenciales y que el Departamento de Estado tiene amplia autoridad para revocar visas, basándose en información que en cualquier momento salga a la luz pública, frente a un titular que pueda ser inadmisible en los Estados Unidos. También señalaba que la misión diplomática representa los intereses de dicho Estado y que valoraba la soberanía e instituciones de Colombia, al igual que los valientes hombres y mujeres de la Rama Judicial colombiana. Concluía:

[23] La apelación fue promovida por la entonces procuradora delegada ante la JEP, Mónica Cifuentes, en cumplimiento de las directrices del procurador general de la nación, Fernando Carrillo.

[24] JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA-289 de 13 de septiembre de 2019.

[25] Véase, entre otra información pública, Verdad Abierta, "La línea directa entre Carlos Castaño y Ernesto Yamhure", 31 de agosto de 2011. Disponible en: https://verdadabierta.com/la-linea-directa-entre-carlos-castano-y-ernesto-yamhure/; La Silla Vacía, "¿De dónde salió Ernesto Yamhure?", 11 de septiembre de 2011. Disponible en: https://www.lasillavacia.com/silla-nacional/de-donde-salio-ernesto-yamhure/.

"Nuestra cooperación judicial ha dado resultados concretos a ambas naciones" y que apreciaba el diálogo continuo.[26]

El mensaje de Yamhure dejaba ver que el proyecto de decisión de la garantía de no extradición que veníamos estudiando las magistradas y los magistrados de la SR en sesiones de Sala Plena, que son reservadas, ya era de conocimiento externo, al igual que su sentido, quiénes lo apoyaban y que pronto saldría. Esto, por cuanto el periodista no mencionó el nombre de las dos magistradas que estaban en contra de dar la garantía e iban a salvar voto. De esto solamente conocíamos los cinco magistrados y magistradas, la Secretaría Judicial de la SR y los magistrados auxiliares de los despachos que nos apoyaron. El mensaje de Yamhure era señal de que había filtración de información o que estábamos interceptados. El tono de voz del periodista y su irrespetuosa reacción a mi respuesta eran amenazantes, por lo que podía pensarse que su intención iba más allá de corroborar unos datos.

Curiosamente, pocos meses antes, había salido a la luz pública la cercanía del fiscal Néstor Humberto Martínez con el periodista Yamhure, con ocasión de una entrevista que le hicieron al primero por el escándalo de la extraña muerte del señor Jorge Enrique Pizano, testigo clave en el caso de corrupción de Odebrecht. De manera espontánea el entonces fiscal mostró al público su celular y con este gesto, sin querer, terminó mostrando la llamada que le estaba haciendo en ese momento Yamhure.[27]

El miércoles 15 de mayo, luego de la sesión de Sala Plena, el presidente de la Sección y sustanciador del caso, magistrado Jesús Ángel Bobadilla, en compañía de la suscrita magistrada y de la presidenta de la JEP, Patricia Linares, públicamente comunicó la decisión de aplicar la garantía de no extradición a Jesús Santrich. Una hora después, el fiscal Néstor Humberto Martínez, también en rueda de prensa, anunció que renunciaba a continuar en su cargo, como rechazo a la decisión de la SR, noticias ambas que llenaron los titulares de prensa de ese día y los siguientes.

Horas después de la comunicación de la providencia, ese 15 de mayo de 2019, empezó a circular masivamente en los medios de comunicación el video aquel de Santrich reunido con supuestos narcotraficantes que nunca remitió el fiscal Martínez a la SR (a pesar de que sí lo entregó a varios medios de

---

[26] Embajada de los Estados Unidos en Colombia. Declaración a través de la red social X de 12 de mayo de 2019. Disponible en: https://x.com/USEmbassyBogota/status/1127733436419059712?ref_src=twsrc%5Etfw%7Ctwcamp%5Etweetembed%7Ctwterm%5E1127733436419059712%7Ctwgr%5E48ec4c2790002d12d10bda45e56e2c5ae28f8b6a%7Ctwcon%5Es1_&ref_url=https%3A%2F%2Fwww.france24.com%2Fes%2F20190514-colombia-eeuu-retiro-visas-altas-cortes.

[27] Revista *Semana*, "La inoportuna llamada del Fiscal", 14 de noviembre de 2018. Disponible en: https://www.semana.com/llamada-yamhure-a-nestor-humberto-martinez-durante-entrevista-en-caracol/590733/.

comunicación, como él mismo confesó después en su libro[28]), pero esta vez el video sí tenía audio.[29]

El viernes 17 de mayo, en medio de la gran expectativa por la salida de la cárcel de Santrich, mientras los periodistas aguardaban afuera de la cárcel La Picota y extrañaban la demora de su aparición, finalmente salió el hombre en silla de ruedas, visiblemente disminuido. Sin embargo, a escasos minutos, fue recapturado y montado en un helicóptero que lo trasladó al búnker por órdenes de la Fiscalía.[30] Según anunció el ente acusador, la recaptura tuvo como fundamento nuevas evidencias y elementos de prueba que supuestamente daban cuenta de conductas suyas de narcotráfico.[31]

Semana y media después, el 29 de mayo de 2019, la Corte Suprema de Justicia ordenó la libertad de Santrich, tras señalar que la Fiscalía no era la autoridad competente para investigarlo. El alto tribunal indicó que esto le correspondía a ella misma y no al ente acusador, dada su calidad de representante a la Cámara y, por ende, de aforado constitucional. Es importante precisar que anteriormente, la condición de congresista había sido ratificada por el Consejo de Estado, en un fallo que encontró que Santrich no había perdido su investidura por no asistir a la posesión como representante cuando estaba privado de la libertad, pues se trataba de fuerza mayor justificable.[32] Así, el 11 de junio de 2019, luego de recobrar la libertad, Santrich se posesionó como representante a la Cámara por el departamento del Atlántico, curul a la que había accedido de conformidad con lo pactado en el Acuerdo de Paz.[33] Como puede evidenciarse, tres altas cortes estuvieron comprometidas con la salvaguarda del proceso de paz y la libertad de Santrich: la JEP, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado.

Sin embargo, tristemente, veinte días después, en la madrugada del domingo 30 de junio, sin el esquema de seguridad que le prestaba la Unidad Nacional de Protección, Santrich abandonó el espacio territorial de reincorporación de Tierra Grata, en el corregimiento de San José de Oriente, en La Paz, Cesar.[34]

---

[28] Martínez, *Las dos caras de la paz*, *op. cit.*, pp. 328-329.

[29] Véase entre otros medios que publicaron el video, *El Tiempo*, "Así fue la negociación de Santrich por el cargamento de cocaína", 15 de mayo de 2019. Disponible en: https://www.youtube.com/watch?v=GXX_7vziIqw; CM& (ahora Canal Uno noticias), "Este es el video de la negociación en la que fue grabado Jesús Santrich", 15 de mayo de 2019. Disponible en: https://canal1.com.co/noticias/nacional/este-es-el-video-de-la-negociacion-en-la-que-fue-grabado-jesus-santrich/.

[30] *El País*, "La recaptura del exlíder de las FARC Jesús Santrich agrava la crisis política en Colombia", 18 de mayo de 2019. Disponible en: https://elpais.com/internacional/2019/05/18/colombia/1558133675_637320.html?event_log=regonetap.

[31] Fiscalía General de la Nación, Comunicado de prensa 195 de 17 de mayo de 2019.

[32] Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, Auto AP-19892019 (55395), 29 de mayo de 2019.

[33] *Portafolio*, "Jesús Santrich se posesiona como Representante a la Cámara", 11 de junio de 2019. Disponible en: https://acortar.link/HdRny2.

[34] CNN, "Jesús Santrich abandonó su esquema de seguridad, se desconoce su paradero", 30 de junio de 2019. Disponible en: https://acortar.link/UHtoMa.

En consecuencia, el 9 de julio de 2019, la Sala de Instrucción de la Corte Suprema de Justicia, competente para investigarlo como aforado, ordenó la captura de Santrich, ya que no había comparecido a la indagatoria en la investigación en su contra.

Posteriormente, a fines del mes siguiente, el 29 de agosto de 2019, Santrich apareció en un video difundido por internet y luego por los medios de comunicación, en el que anunciaba su regreso a las armas y la conformación de la Segunda Marquetalia, organización con la que retomaba la lucha armada contra el Estado colombiano, junto con Iván Márquez y otros exguerrilleros.[35]

Por lo anterior, en el marco del trámite de la apelación contra la providencia que concedió la Garantía de no Extradición (GNE), el 13 de septiembre de 2019, la Sección de Apelación de la JEP excluyó a Santrich de la JEP sobre la base de su alzamiento en armas y deserción manifiesta, en tanto hecho notorio. En esa decisión dispuso la remisión final de todas las diligencias a la justicia ordinaria para que continuara las investigaciones correspondientes.[36]

Casi un año después, el 18 de junio de 2020, se conoció que el Departamento de Estado de los Estados Unidos anunció una recompensa de 10 millones de dólares por información que permitiera la captura de este jefe guerrillero y de Iván Márquez.[37] Y un año más tarde, el 18 de mayo de 2021, la Nueva Marquetalia reportó la muerte de Santrich en territorio venezolano, en la frontera con Colombia. De acuerdo con esa información, habría sido emboscado por la Fuerza Pública colombiana en la parte venezolana de la serranía del Perijá, cuando se desplazaba en una camioneta.

Por su parte, la periodista Cecilia Orozco publicó un artículo en *El Espectador* en el que relató cómo el hombre que entregó a Santrich al Ejército, un infiltrado en la guerrilla que trabajaba con inteligencia de la Fuerza Pública y tenía trato directo con generales y la alta comandancia, resultó siendo "tumbado" porque nunca le entregaron el monto prometido en miles de dólares de la recompensa por su cabeza.[38]

Obviamente, el desenlace de la historia, con la desaparición, retoma de armas y muerte de Santrich, afectó la imagen de la Jurisdicción. Su papel fue visto como decisivo para la fuga y supuesta continuación en actividades delincuenciales. En lo personal recibí, además de denuncias penales de congresistas del

---

[35] *El Espectador*, "Iván Márquez le da la espalda al proceso de paz y anuncia su rearme", Youtube, 29 de agosto de 2019. Disponible en: https://acortar.link/C1YkfD.

[36] JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP SA 289 de 13 de septiembre de 2019.

[37] *El Tiempo*, "EE. UU. ofrece US$ 10 millones de recompensa por Márquez y Santrich", 18 de junio de 2020. Disponible en: https://acortar.link/mhtyOv; *El Tiempo*, "Disidencias confirman muerte de 'Jesús Santrich'", 18 de mayo de 2021. Disponible en: https://acortar.link/OuoFgq.

[38] Cecilia Orozco, "¿Tumbaron al hombre que entregó a Santrich?", *El Espectador*, 30 de enero de 2024. Disponible en: https://www.elespectador.com/opinion/columnistas/cecilia-orozco-tascon/tumbaron-al-hombre-que-entrego-a-santrich/.

Centro Democrático, la tacha moral pública y privada de algunos ignorantes miembros de mi familia Puyana, por supuestamente haber "deshonrado" el apellido y la tierra santandereana de mis ancestros maternos.

Tuve incluso que denunciar a un médico por incurrir en prácticas contrarias a la ética profesional al haber descalificado mi papel en el caso y abiertamente criticar a la JEP, en medio de unos exámenes de diagnóstico. Y aun cuando tiempo después fui llamada a declarar ante el Tribunal de Ética Médica, con toma de juramento formal e indicación de la pena de cárcel por faltar a la verdad, nunca supe en qué terminó la denuncia que presenté.

Investigaciones y denuncias sobre el entrampamiento a la paz y a la JEP

Después de que la historia del caso Santrich aparentemente hubiera terminado con su burla a las instituciones que lo rodearon, desde la JEP, hasta la Corte Suprema de Justicia, pasando por el Consejo de Estado, vinieron a conocerse los resultados de diferentes investigaciones de senadores y periodistas que llevaban a otra conclusión sobre lo que realmente había sucedido.

Investigaciones periodísticas

A finales del primer año de pandemia, el 2020, una investigación del periodista Edinson Bolaños para el diario *El Espectador* dio a conocer a la opinión pública el oscuro trasfondo del accionar de la Fiscalía en el caso Santrich. Ese artículo, sumado a otros reportajes de las cadenas CMI y Noticias Uno, pusieron en evidencia lo que fue la estrategia de entrampamiento a la paz y la campaña de desprestigio del proceso de paz y de la JEP.

El Espectador dio cuenta de cómo la Fiscalía ocultó más de 24.000 audios que correspondían a pruebas cuya existencia negó a la Jurisdicción, pero en cambio sí entregó luego a la Corte Suprema de Justicia. Que en estos aparecían interceptaciones lideradas por agentes encubiertos de la DEA en contra de Iván Márquez, Piedad Córdoba y el exvicepresidente de la República Óscar Naranjo. También, que fue la misma Fiscalía la que autorizó la entrega controlada de la cocaína del supuesto negocio de Santrich con el narcotráfico.[39]

Dicho diario publicó luego la entrevista a una abogada, solicitada en extradición por los Estados Unidos por obstrucción a la justicia, quien señaló que fue presionada por un agente de la DEA para declarar en contra de magistrados de la JEP, pero que se había negado a hacerlo, porque no era verdad.[40]

[39] Edinson Bolaños, "Los audios de la DEA y la Fiscalía que le negaron a la JEP sobre el caso 'Santrich'", *El Espectador*, 8 de noviembre de 2020. Disponible en: https://www.elespectador.com/investigacion/los-audios-de-la-dea-y-la-fiscalia-que-le-negaron-a-la-jep-sobre-el-caso-santrich-article/.

[40] *El Espectador*, "'Hay un interés en acabar con la JEP', Maritza Lorza habla de su extradición a EE.UU", 18 de enero de 2021. Disponible en: https://www.elespectador.com/judicial/hay-un-inte-

Por su parte, Noticias Uno puso de presente un posible patrón común de actuaciones de entrampamiento frente a Bermeo (que se concretó) y la JEP, en los fallidos intentos de involucrar a Giovanni Álvarez, director de la UIA de la JEP, o un tal Iván, que se trataría del magistrado Iván González Amado. Todos tenían en común la actuación de un sujeto de acento mexicano que al parecer era agente de la DEA.[41]

Ese mismo noticiero, en emisión de 28 de agosto de 2022, publicó la entrevista de un abogado de extraditables, quien declaró haber sido contactado por un sujeto de acento mexicano, que supuestamente lo buscaba en nombre del Cartel de Sinaloa, pero del que después sospechó que se trataba de un agente de la DEA. Este hombre, según el entrevistado, le ofreció millones de dólares para contactar y sobornar al director de la UIA y a un magistrado de la JEP, para dilatar la decisión de la garantía de no extradición de Santrich.[42]

Debate en el Congreso de la República sobre el "entrampamiento a la paz"

El 26 de noviembre de 2020 se llevó a cabo un extenso debate en el Congreso, liderado por los senadores Iván Cepeda, Antonio Sanguino, Roy Barreras y Gustavo Petro, quienes, con documentos en mano, le hicieron ver al país otra realidad sobre lo que fue el caso Santrich. El senador Petro presentó los resultados del estudio técnico realizado por un perito experto al famoso video (que nunca fue entregado a la JEP, pero sí a los medios de comunicación), que supuestamente era la prueba reina, en el que aparecía Santrich con Marlon Marín y unos narcos negociando mercancía.

Del peritaje se concluye la manipulación del video por la edición de su continuidad. También, que se presentaron imágenes de una duración de siete minutos correspondientes a una reunión que habría durado por lo menos el doble de tiempo. Según el dictamen, los problemas de continuidad se hacían evidentes con situaciones y elementos que aparecían en las tomas sin ninguna coherencia o hilo secuencial de la grabación, como llaveros que de la nada se veían en la mesa o tazas de café. Esto, a pesar de que se había querido presentar la grabación como una toma continua.

El peritaje ilustraba cómo los cortes del video original, aparentemente imperceptibles, se podían identificar dado que en este la cámara bajaba y subía unas cinco veces su cuadro de enfoque. En ese movimiento, captó exactamente la misma imagen o cuadro de fotograma, algo imposible de hacer naturalmente.

---

res-en-acabar-con-la-jep-maritza-lorza-habla-de-su-extradicion-a-eeuu-article/#google_vignette.

41 Véase también Noticias Uno, "Habló abogado contactado de la DEA para tratar de comprar fallo en la JEP", 28 de agosto de 2022. Disponible: https://www.noticiasuno.com/emisiones/28-agosto-2022/. La nota concreta de esa emisión se puede consultar en: https://www.noticiasuno.com/nacional/hablo-abogado-contactado-de-la-dea-para-tratar-de-comprar-fallo-en-la-jep/.

42 *Idem*.

En otras palabras, el dictamen pericial al video concluía que la imagen había sido superpuesta para facilitar la edición.

En cuanto al audio, el peritaje demostró que el contenido original de la conversación habría sido manipulado, dado que había errores de coherencia y que fueron sobrepuestas palabras incriminatorias con volumen distinto; además, porque no había interrupción de interlocutores que sí son evidentes en el video. También, las imágenes mostraban que en la casa de Santrich había cámaras, pero extrañamente la Fiscalía nunca dio cuenta de sus grabaciones.

El senador Petro también reportó cómo, el 1 de noviembre de 2017, en el Hotel Gran Plaza de Bogotá, la fiscal 65 especializada Bertha Neira fue citada por miembros de la DEA para que, en compañía de un agente encubierto, recibiera una sustancia estupefaciente sin que de ello quedara ninguna grabación ni captura.

Por su parte, el senador Iván Cepeda mostró un documento de la DEA en el que le pide a la policía autorización para llevar a cabo interceptaciones, así como los correspondientes documentos que autorizaban dichas acciones suscritos por Mauricio Nieto –del grupo DEA-SIU[43] de la Fiscalía–, hermano del general Jorge Nieto, entonces director de la Policía Nacional. También, menciona una carta anónima que él recibió el 26 de octubre de 2017, en la que le alertaban sobre posibles montajes en su contra o de su esposa.

Finalmente, el senador Antonio Sanguino concluyó en el debate que el fiscal Martínez debía ser investigado por traición a la patria, y que también debía investigarse la actuación de los agentes encubiertos, la cual había sido denunciada expresamente por la SR. En similar sentido, el senador Roy Barreras puso de presente serios interrogantes sobre las operaciones de entrega controlada.

A los pocos días del debate, el 29 de noviembre siguiente, el exfiscal Martínez Neira, en su columna dominical del diario *El Tiempo*, escribió en su defensa negando el entrampamiento. Curiosamente, al final de su escrito se refirió a la Sección de Apelación de la JEP, que resolvió la segunda instancia de la negativa de otorgar la garantía de no extradición a uno de los supuestos socios de Santrich (Fabio Younes), decisión que, en un *obiter dicta,* aludió a la supuesta suficiencia del *indictment* para probar la fecha de la conducta. Dijo entonces que la misma JEP, en cabeza "del magistrado Cifuentes y los demás miembros de la Sección de Apelación, advirtieron fácilmente la fecha de la ocurrencia de los hechos, lo que no pudo hacer en más de un año la Sección de Revisión".[44]

[43] Special Investigative Unit (SIU). Los grupos SIU son unas unidades de la Fiscalía financiadas por los Estados Unidos en las que trabajan, por fuera de la entidad, fiscales especialmente seleccionados con funcionarios de los Estados Unidos.

[44] Néstor Humberto Martínez Neira, "Ni entrampamiento ni droga de la Fiscalía", *El Tiempo*, 29 de noviembre de 2020. Disponible en: https://www.eltiempo.com/politica/proceso-de-paz/

Luego del debate en el Congreso, varios magistrados de la SR le solicitamos al entonces presidente de la JEP la citación a sesión extraordinaria de la plenaria de la Jurisdicción para abordar el tema del entrampamiento. En efecto, la magistratura fue convocada y se reunió el 18 de diciembre de 2020. Luego de escuchar los planteamientos que presentamos con el magistrado Bobadilla y otros colegas, por sugerencia del presidente, se decidió conformar una comisión de seguimiento al caso liderada por el magistrado Raúl Sánchez.

El inaudito papel del abogado Camilo Sampedro, contratado por la Secretaría Ejecutiva de la JEP

Mientras que en repetidas oportunidades la suscrita magistrada tuvo que pedir a la Secretaría Ejecutiva la debida proyección del acta de la sesión plenaria extraordinaria de la JEP del 18 de diciembre de 2020 (en la que se abordó el tema del entrampamiento y la creación de la Comisión de Seguimiento), pues no se incluyeron sus conclusiones y, además, se hicieron unas referencias que no correspondían a la realidad. Meses después, esa misma dependencia resultó contratando a un abogado consultor externo –Camilo Sampedro Arrubla– para que presentara un concepto sobre la reserva de información del caso a la magistratura, concepto que presentó en este sentido el 21 de septiembre de 2021.

Por mi parte, dado el encargo de la plenaria a la Comisión de Seguimiento, en varias oportunidades le solicité informes al abogado inicial que supuestamente representaba a la JEP como víctima en el proceso penal contra Bermeo (un abogado de la lista de los que defienden a los exguerrilleros de las FARC y paga la Secretaría Ejecutiva), pues advertí su desatención del asunto. Evidencié que realmente no estaba cumpliendo cabalmente su trabajo y esto lo señalé a la Comisión de Seguimiento; pero luego salió a relucir el inaudito concepto del abogado Sampedro, según el cual, la magistratura de la JEP no podía estar enterada de los hallazgos en el expediente Bermeo, solo la Secretaría Ejecutiva.

Como lo anterior era tan absurdo, con el magistrado Bobadilla decidimos enterar de esto al nuevo Secretario Ejecutivo de la JEP. Personalmente tuve una reunión con él a inicios de 2022, en la que le comenté mi preocupación frente a lo sucedido. Sin embargo, solamente hasta el 28 de marzo siguiente convocó a una reunión presencial para tratar el tema. Para mi sorpresa, en ella resultó participando ni más ni menos que el autor del cuestionado concepto (el abogado Sampedro) y para mi mayor extrañeza, ese día me enteré de que se le había dado un nuevo contrato, esta vez para asumir el liderazgo en la representación de la JEP. En esa reunión, en presencia de dos magistrados auxiliares

nestor-humberto-martinez-escribe-sobre-el-caso-santrich-ni-entrampamiento-ni-droga-de-la-fiscalia-551773.

de mi despacho, del magistrado Bobadilla y varios servidores de la Secretaría Ejecutiva, tuve que explicarle al abogado Sampedro los tantos hechos oscuros que rodearon la decisión de la garantía de no extradición de Santrich, pues los desconocía.

El abogado aparentaba no tener ni idea de todo el trasfondo del caso Santrich. Le tuve que poner a viva voz el amenazante audio del periodista Ernesto Yamhure sobre la supuesta medida de revocatoria de la visa americana a los magistrados que estábamos a favor de otorgar la garantía, pero su reacción se limitó a cuestionar el que yo no hubiera puesto una denuncia formal. Sampedro parecía ignorar también la existencia de la Comisión de Seguimiento designada por la magistratura en Sala Plena, luego del debate realizado en el Congreso de la República; tampoco sabía de las investigaciones periodísticas, ni las conclusiones de aquel debate, pero a pesar de su supuesta ignorancia, fue merecedor de un cuantioso contrato cuyos nefastos frutos se conocieron después.

A pesar de supuestamente ignorar todos los antecedentes que le pusimos de presente, el abogado Sampedro fue enfático en afirmar que a la JEP no le convenía que se investigara, ni que saliera a la luz pública, el posible entrampamiento a Bermeo. Contra toda lógica, afirmaba que a la JEP le convenía que fuera condenado y que descartaba cualquier denuncia en contra del exfiscal Martínez Neira. Sin mayores argumentos, afincado en su posición de abogado asesor experto, simplemente descartaba la conveniencia del conocimiento público para la JEP. Le reviré con exaltación, delante de todos los presentes, diciéndole que el conocimiento de la verdad no era un asunto de conveniencias y que, si era cierto que Bermeo había sido entrampado, ello debía conocerse, pero el hombre insistía en lo contrario.

En esta reunión se le puso de presente cómo en la decisión de Santrich, además de lo relativo a la garantía de no extradición, se había resuelto compulsar copias por las irregularidades advertidas en el trámite de aquella, pero que esta orden, dada la apelación presentada por la Procuraduría, nunca se había hecho efectiva. Con esto, le explicamos al abogado que estaba pendiente el trámite de las denuncias contenidas en el auto de la garantía, sobre las cuales había trabajado la Comisión de Seguimiento, que además tenía lista una denuncia para presentar en nombre de la JEP. Sin embargo, el abogado Sampedro insistía en su recomendación de no denunciar el entrampamiento, según él, porque no era "conveniente".

Tres meses pasaron sin que se tuviera noticia del abogado Sampedro, ni de sus actuaciones. No volvimos a reunirnos con él; de hecho, los colegas de la Comisión de Seguimiento consideraban que no debíamos inmiscuirnos en el trabajo del abogado, de manera que, por mi parte, me desentendí del tema hasta el siguiente 14 de julio cuando el magistrado Bobadilla me envió por WhatsApp los videos de la audiencia de juicio subidos en YouTube, en los cuales se veía

y escuchaba al abogado Sampedro, sorprendentemente, realizar delicadísimas afirmaciones en contra de la magistratura y la supuesta existencia de una red corrupta en la JEP implicada en el caso Santrich.

La grabación de la audiencia dejaba ver cómo, luego de la presentación del fiscal, el abogado Sampedro había intervenido para expresar su total apoyo a la actuación de la Fiscalía, afirmando ir "de la mano con ella". Acogía como propios sus planteamientos y declaraba que estaban probadas todas sus acusaciones, incluyendo las correspondientes a la existencia de una red corrupta en la JEP.

Después de una equívoca explicación sobre el funcionamiento de la garantía de no extradición, en la que el abogado Sampedro incurrió en diferentes errores conceptuales, fácticos y teóricos, concluyó que "estaba demostrada la concreción de todos los delitos imputados por la Fiscalía, puesto que era un hecho que la carta rogatoria se había extraviado y que por ello, la garantía había tenido que concederse". Tuvo la desfachatez de afirmar que Bermeo se había comprometido a dilatar el proceso y que lo había logrado, porque supuestamente el Manual de Funciones de la JEP así se lo permitía, afirmaciones totalmente falsas, porque el fiscal no tuvo ningún tipo de actuación ni encargo en el trámite de la garantía. Descaradamente afirmó que la Fiscalía había probado que "Santrich está feliz con el trabajo de la organización criminal, que está muy feliz con lo que se ha venido haciendo".[45]

Y como si lo anterior no fuera poco, el abogado Sampedro afirmó que estaba acreditado que Bermeo había incidido en otros funcionarios de la entidad, supuestamente comprometidos en el concierto para delinquir y en el tráfico de influencias. Literalmente señaló: "está demostrado, mencionado por lo menos, que hay secretarios, magistrados auxiliares e incluso alguno titular". Por fortuna y en contraste, la posición del agente del Ministerio Público Henry Bustos fue opuesta; incluso, en repetidas oportunidades afirmó que estaba en desacuerdo con Sampedro. Abiertamente defendió la probidad de la JEP, descartó que estuviera probada la existencia de la sociedad criminal que la Fiscalía y Sampedro afirmaban, y aclaró que el juicio se limitaba a un caso de corrupción puntual de un exfiscal de bajo nivel, que no comprometía a la Jurisdicción. Fue particularmente enfático en cuestionar la falta de pruebas para acreditar que Bermeo había influido en algún servidor o magistrado de la JEP, que nunca se probó quién o quiénes eran los supuestos influenciados y que no tenía lógica afirmar que la pérdida de la carta rogatoria había sido obra de Bermeo, cuando justamente se había perdido en el Ministerio de Justicia. También puso de presente sus dudas sobre la legalidad de la actuación de los agentes encubiertos de la DEA y la posible vulneración de derechos fundamentales.

[45] Noticias Uno, "Abogado contratado por la JEP para defenderla, terminó atacándola", 28 de agosto de 2022. Disponible en: https://www.youtube.com/watch?v=D9d9oMqdZZE.

Aun cuando las afirmaciones del procurador Bustos dejaban en alto la probidad de la magistratura de la JEP, personalmente temí que la posición del abogado de la Jurisdicción llevara a que la Sala Penal del Tribunal de Bogotá tuviera que compulsar copias para que se investigara la supuesta corrupción de la JEP, que el mismo representante de la entidad afirmaba que existía. Si la propia JEP como víctima, por boca de su abogado, afirmaba que todo lo dicho por la Fiscalía era cierto y *que había secretarios, magistrados auxiliares e incluso un titular comprometidos en la supuesta red corrupta*, era de esperarse que el Tribunal tuviera que compulsar copias para que se adelantaran las correspondientes investigaciones con las obvias consecuencias mediáticas de imagen en la opinión pública, que no distingue entre una investigación de rutina y una condena. Sin duda, esa compulsa habría sido un éxito mediático para quienes buscaban enlodar la imagen de la magistratura de la JEP. También, habría causado un daño directo al buen nombre de quienes firmamos la garantía de no extradición y a toda la Jurisdicción Especial para la Paz.

Por lo anterior, dado que el martes siguiente teníamos Plenaria de la JEP, preparé un escrito que pensaba leer a los colegas para enterarlos de las afirmaciones de Sampedro y plantear acciones al respecto. Ese 19 de julio, antes de empezar la sesión, le comenté al entonces presidente mi intención de intervenir pero, de manera enfática, me pidió que no lo hiciera. Como ese día la indignación que tenía había minado mi fuerza, obedecí y estuve callada en la Plenaria. No obstante, en la tarde remití por correo electrónico un oficio a la magistratura, en el que informaba lo sucedido con el abogado Sampedro y presentaba mi renuncia a la Comisión de Seguimiento del caso Santrich. Solicité que se le citara a la mayor brevedad para que mostrara las pruebas de sus afirmaciones y que, si las tenía, se presentaran las correspondientes denuncias en contra nuestra; pero que, en caso contrario, se le revocara el poder y se le denunciara, no sin antes advertir mi absoluta confianza en mis colegas de la Jurisdicción. También, incluí una relación de irregularidades y episodios oscuros que había advertido hasta la fecha, de los que dejé constancia histórica.

El escrito no mereció mayor reacción. Solamente hasta el 8 de agosto siguiente fui convocada a una reunión con el Secretario Ejecutivo y el coordinador de la Comisión de Seguimiento a la que había renunciado, quienes expresaron que compartían mi indignación, pero que aconsejaban esperar y no apresurar el debate político, que la Secretaría Ejecutiva iba a valorar el impacto reputacional de las afirmaciones de Sampedro, para después tomar las acciones pertinentes.

Posteriormente, el viernes 12 de agosto, con ocasión de una reunión a la que había convocado para otro asunto el presidente de la JEP, a la que asistí por delegación de la SR, al terminar nos quedamos con el director de la UIA para hablar sobre nuestra preocupación por las declaraciones del abogado Sampedro. El presidente me recriminó por haber renunciado a la Comisión

de Seguimiento y comentó que nunca le gustó la decisión de la garantía de no extradición a Santrich. Le contesté que esta decisión había evitado que centenares de exguerrilleros retomaran las armas a consecuencia del entrampamiento a la paz. Sin embargo, el presidente planteó la inconveniencia de denunciar lo ocurrido con Sampedro pues, en su criterio, no era "prudente" enemistarse con él. Respondí que así como no nos podía temblar la mano frente a máximos responsables de graves violaciones de los derechos humanos, tampoco podíamos quedarnos quietos frente a un calumniador y a quienes tuvieron que ver con el entrampamiento a la paz. No estaba de acuerdo. Incluso planteó que una compulsa de copias del Tribunal de Bogotá, en contra de quienes firmamos la garantía, no tenía problema. Me preguntó si acaso yo tendría problema en ser investigada, a lo que con molestia le respondí que no, que no tenía nada de qué temer, pero que esto se trataba de una calumnia y una campaña de desprestigio y desinformación como la que habíamos vivido en el trámite de la garantía.

El martes siguiente, 16 de agosto, hubo otra reunión en la Sala de Juntas de la Presidencia de la JEP, con la participación de la subsecretaria ejecutiva, el director jurídico y el nuevo abogado de la JEP que contrató esta dependencia (Gerardo Barbosa). Se me informó que con esfuerzo se había logrado que Sampedro le "cediera el poder", lo que me desconcertó, porque el secretario ejecutivo me había dicho antes de la sesión plenaria del 19 de julio, que se lo habían "revocado". Asistí acompañada de mi magistrada auxiliar, Catalina Medina. En esa reunión, el nuevo abogado afirmó, sin que se le hubiera preguntado al respecto y con vehemencia, como para que no quedara duda, que desaconsejaba denunciar al exfiscal Néstor Humberto Martínez. En cuanto a mi preocupación por el daño al buen nombre de la JEP y de la magistratura ocasionado por Sampedro y mi solicitud de rectificación, dijo que desaconsejaba realizar cualquier gestión para desautorizar lo dicho por Sampedro (en representación de la entidad) ante la Sala Penal del Tribunal. Indicó que la JEP no podía ni siquiera radicar un oficio reportando el cambio de abogado, ni las razones del mismo, porque supuestamente en la oficina de correspondencia no lo iban a recibir, que no había nada qué hacer, solo esperar.

Como resultado de los distintos derechos de petición que presenté para averiguar sobre la contratación del abogado Camilo Sampedro, pude concluir que los contratos fueron dos: uno en 2021 por cuatro meses, en virtud del cual entregó el concepto aquel de la reserva de información a la magistratura de la JEP, que fue prorrogado por dos meses más, y otro en el año 2022, por el que terminó ejerciendo la representación de la JEP en el caso Bermeo. En total sumaban más de 183 millones de pesos. La supervisora de los contratos fue la doctora Ángela Mora, subsecretaria ejecutiva, quien avaló los pagos en un formato casualmente idéntico al presentado por el abogado Sampedro en su informe de

ejecución. En otras palabras, el formato de supervisión y el de ejecución resultaron ser iguales, pero con firmas distintas.

El informe de la Comisión de la Verdad sobre el caso Santrich

Hacia mediados del año 2022, la Comisión de la Verdad publicó un anexo a su informe final, denominado "Los obstáculos para la continuidad de los procesos de paz en Colombia". Se trató de un documento de 56 páginas, en el cual abordó la captura de Santrich, la ruptura en la relación entre Timochenko e Iván Márquez y el papel determinante de su sobrino, Marlon Marín.

De acuerdo con la CEV, "el caso Santrich también se convirtió en el símbolo de la inseguridad jurídica para las FARC porque era el recordatorio, sobre todo para el sector de Márquez, de que eran vulnerables y podían terminar en una cárcel en Estados Unidos, como le pasó al excomandante Simón Trinidad".[46]

De hecho, una de las principales conclusiones de la Comisión fue que la operación dirigida en contra de Santrich había sido determinante para la formación y proliferación de disidencias, al recoger testimonios según los cuales, por ejemplo,

> … apenas se conoció la noticia de la captura, en la zona veredal de Mesetas, Meta, liderada por Aldinever Morantes, los exguerrilleros se declararon en asamblea permanente e incluso sacaron de la zona temporalmente a los funcionarios de la Oficina del Alto Comisionado para la Paz y de Fondopaz. Tiempo después, Morantes se fue a la Segunda Marquetalia. Lo mismo pasó con Iván Merchán, otro mando medio del Meta que dejó la zona de Yarí, se escondió porque decía que temía "un montaje judicial como el de Santrich" y apareció en el video rearmado con Márquez.[47]

Según el documento, "todos estos ingredientes se sumaron para que se cocinara el plan del rearme de quienes desconfiaban del proceso de paz. Y la captura de Santrich fue el detonante de esa desconfianza".[48]

Dentro de su análisis, la CEV encontró que toda la operación desplegada por la Fiscalía y la DEA había contado con la participación de dos personajes relevantes: el ya mencionado Marlon Marín, y un exteniente coronel del Ejército que, luego de salir de esa institución, empezó a trabajar para la DEA vendiéndole información y apoyando operaciones especiales.[49]

Ese informe hubiera pasado en buena medida inadvertido, de no ser por la aparición de un artículo del periodista Alfredo Molano,[50] hijo del fallecido

---

[46] Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, *Los obstáculos para la continuidad de los procesos de paz en Colombia*, p. 21. Disponible en: https://www.comisiondelaverdad.co/caso-los-obstaculos-para-la-continuidad-de-los-procesos-de-paz-en-colombia.

[47] *Ibid*., p. 14.

[48] *Ibid*., p. 11.

[49] *Ibid*., p. 26.

[50] Alfredo Molano, "La DEA, la Fiscalía y un coronel entramparon el proceso de paz", *Cambio*, 21 de agosto de 2022. Disponible en: https://cambiocolombia.com/articulo/poder/la-dea-la-fiscalia-y-un-coronel-entramparon-el-proceso-de-paz.

excomisionado de la Verdad, titulado "La DEA, la Fiscalía y un coronel entramparon el proceso de paz", publicado el 21 de agosto de 2022 en el portal digital *Cambio*.

Este artículo desglosó lo documentado por la CV y profundizó la investigación, para dar a conocer detalles adicionales que daban cuenta de lo intrincado de la operación en contra de la implementación del Acuerdo de Paz y la identidad de quienes participaron en ella. Por ejemplo, en esa investigación periodística se revela que el nombre del teniente coronel retirado involucrado en la operación contra Santrich es Gustavo Adolfo Calvache Prado, a quien algunos de los testimonios recogidos por la Comisión de la Verdad referencian como "un tipo torcido, medio informante de la DEA, que para quitarse los líos en Fiscalía, ayuda con las vueltas".

El artículo de *Cambio* recoge cómo la CEV identificó la estrategia de entrampamiento en diferentes frentes, uno dirigido en contra de Iván Márquez y Santrich y otro, contra el fiscal de la UIA de la JEP, Giovanni Álvarez, y la doctora Pilar Rueda, asesora de la UIA y esposa del senador Iván Cepeda. El periodista Molano expuso las denuncias presentadas por el senador sobre una carta anónima que recibió, en la que lo alertaban sobre un plan de montaje en contra de su esposa que, al parecer, estaba siendo interceptada por la DEA, desde un grupo SIU de la Fiscalía, coordinado por el coronel Calvache.

De acuerdo con otras investigaciones periodísticas, como una realizada por Cecilia Orozco Tascón, esa estrategia en varios frentes habría intentado alcanzar incluso a la presidenta de la JEP, al afirmar que

> … también se pretendía alcanzar a uno o varios magistrados de la JEP o a un miembro de la propia presidencia de esa jurisdicción, es decir, a alguien de la oficina de la togada Patricia Linares para que recibiera un soborno o se reuniera con uno de los agentes encubiertos, con quien le tomarían fotos o le grabarían un video y, con ello, poder asegurar, falsamente, que se trataba de una cita preparatoria de un delito, por ejemplo, el que difundieron: venta de información y compra de funcionarios para demorar la extradición de Santrich.[51]

Según la investigación periodística de *Cambio*, el coronel retirado había pertenecido a la Inteligencia del Ejército, donde había sido llamado a calificar servicios "por narco", en el gobierno Santos, a pesar de la supuesta intermediación en su favor por parte de Néstor Humberto Martínez. También, que era cercano a la DEA y luego de su salida había sido contratado por dicha agencia para este tipo de actividades de entrampamiento, hasta el punto de que, al parecer, fue la persona que grabó el video en el que aparecía el exfiscal de la JEP Carlos Julián

[51] Cecilia Orozco Tascón, "Tres conspiraciones (¿criminales?) contra la JEP", *El Espectador*, 15 de diciembre de 2020. Disponible en: https://www.elespectador.com/opinion/tres-conspiraciones-criminales-contra-la-jep/.

Bermeo recibiendo un paquete de dinero de manos de unos agentes encubiertos. Para la CEV, los mexicanos que aparecen en los videos eran agentes de la DEA.

En el artículo también se presentan más datos relevantes sobre el coronel Calvache: su vinculación en la investigación por los seguimientos ilegales a los entonces negociadores del proceso de paz –el caso Andrómeda– y las denuncias de Otto Bula, según las cuales Calvache, junto con el exfiscal Rodrigo Aldana (justamente el fiscal que denuncié a finales de 2015 y que fue condenado por la Corte Suprema de Justicia por corrupción), lo presionaron para que modificara su testimonio en el caso Odebrecht. También, que su hermano, Enrique Calvache, había sido igualmente retirado del ejército y condenado por falsos positivos.

Sobre el sobrino de Iván Márquez, Marlon Marín, la CEV dio un reporte interesante. Básicamente, indicó que desde el 2015 colaboraba con la DEA, que no había pertenecido a las FARC, pero que aprovechaba su relación con el tío para traficar favores. Que fue vinculado a una investigación por la malversación de recursos para los servicios de salud de los firmantes de paz y que negoció con las autoridades de los Estados Unidos beneficios por colaboración, de manera que le retiraron el pedido en extradición. Que tuvo asignada por los Estados Unidos una persona para su protección y que, por reportes de Migración Colombia, se conoce que salió del país el 16 de abril de 2018 con destino a Montreal, Canadá. Que, al parecer, de allí pasó a Nassau en las islas Bahamas. También, que recién se dio la captura de Santrich, lo vieron en el Caquetá repartiendo dinero.

De acuerdo con la investigación periodística, a partir del informe de la CEV (cuya labor de investigación tuvo diferentes fuentes, desde el reportaje del periodista Edinson Bolaños de *El Espectador*, hasta el testimonio de funcionarios y personas que participaron en los hechos), es posible concluir que el entrampamiento estuvo orquestado por la DEA y la Fiscalía. De la Fiscalía, incluso, salieron el dinero para el soborno del fiscal Bermeo y la cocaína para el entrampamiento de Santrich, lo que propició la deserción de centenares de exguerrilleros y la aparición de diversos grupos armados de la disidencia.

Las conclusiones de la Sala Penal del Tribunal de Bogotá en el caso Bermeo

Después de que el país se enterara del anexo al informe de la Comisión de la Verdad sobre el caso Santrich y el entrampamiento a la paz, con ocasión del artículo escrito por el periodista Alfredo Molano en la revista *Cambio*, pasaron muchas cosas, entre ellas, la invitación del exfiscal Néstor Humberto Martínez al padre jesuita Francisco de Roux, expresidente de la CV, a someterse a un "tribunal de honor", que daría el "veredicto definitivo"[52] y estaría integrado, por

[52] W Radio, "Néstor H. Martínez a Comisión de la Verdad por Santrich: propongo Tribunal de Honor", 23 de agosto de 2022. Disponible en: https://www.wradio.com.co/2022/08/23/nestor-h-

sugerencia de Martínez, por un sacerdote jesuita que hubiere sido provincial, un exrector de la Universidad Javeriana y un exdecano de la misma universidad

El padre de Roux no aceptó, ni hubiera podido hacerlo. Era un exabrupto pretender que un tribunal, como el planteado por un exfiscal de la nación, pudiera eliminar cualquier letra del Informe de la Comisión de la Verdad. Llama la atención que una de las personas que habría podido ser parte de ese tribunal, como exdecano de la Facultad de Derecho de la Universidad Javeriana, era justamente Julio Sampedro, hermano de Camilo Sampedro, el abogado contratado por la Secretaría Ejecutiva de la JEP para el caso Bermeo, quien resultó calumniando a la magistratura de la JEP y avalando todas las hipótesis de la Fiscalía.

Casualmente, en relación con el tema del abogado Sampedro, a los pocos días de la publicación del informe de la CEV, el 26 de agosto, el periodista Gonzalo Guillén publicó la carta que la suscrita magistrada había enviado a toda la magistratura y al director de la UIA, en la que los enteraba sobre las calumniosas afirmaciones del abogado y el riesgo que implicaba que, a consecuencia de ellas, el Tribunal de Bogotá se viera en la necesidad de tener que compulsar copias para que se investigara la supuesta corrupción de los magistrados, con las implicaciones mediáticas que ello acarreaba para la imagen y buen nombre de la JEP.

La W, Nueva Prensa y Noticias Uno también difundieron la carta que había dado a conocer Guillén. Este último medio profundizó en el tema y sobre el entrampamiento. El 28 de agosto, como se mencionó anteriormente, presentó su entrevista a un abogado que habría sido contactado por un agente secreto de la DEA que, según dijo, le habría ofrecido altas sumas de dinero para sobornar servidores de la JEP, incluyendo a un magistrado.

Afortunadamente, contrario a lo que habría podido pasar como consecuencia de las declaraciones irresponsables y lesivas para el buen nombre de la JEP, la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, en la sentencia de 9 de septiembre de 2022, mediante la cual condenó a Bermeo por el delito de cohecho propio, expresamente rechazó la existencia de una red criminal en la JEP o algún tipo de injerencia en el caso Santrich. Indicó que había llegado a la conclusión de que la conducta de Bermeo fue individual, sin el apoyo de ningún otro funcionario y puso de contraste las manifestaciones dadas a los medios de comunicación por la Fiscalía, en marzo de 2019, sobre la existencia de una empresa criminal dedicada a afectar procesos judiciales, lo que nunca demostró.

En esa decisión, unánimemente, los magistrados del Tribunal concluyeron que la conducta imputada por la Fiscalía de ninguna manera encajaba en la descripción típica del delito de concierto para delinquir y descartaron también

martinez-a-comision-de-la-verdad-por-santrich-propongo-tribunal-de-honor/.

el tráfico de influencias, señalando que la imputación había sido general, vaga, imprecisa y carente de soporte investigativo.[53]

El Tribunal indicó que estaba demostrado, de manera contundente,

> … que en la conducta del señor Oscar Julián Bermeo no participó ningún otro funcionario y que no existió una red criminal en la JEP, ni mucho menos se generó un atisbo de intervención en el caso Santrich, como se manifestó de manera malintencionada por quienes quisieron afectar gravemente la imagen de esta Jurisdicción y torpedear la implementación del Acuerdo Final en Colombia, quedando en evidencia que su actuar fue individual o una actuación en solitario.[54]

Por fortuna, la compulsa de copias que habría promovido el abogado de la JEP, Camilo Sampedro, no solo no se dio, sino que el Tribunal expresamente se pronunció sobre la probidad de la magistratura de la JEP en el caso Santrich y su nula relación con Bermeo, contrario a lo afirmado por el mentado abogado.

La denuncia que al final presentó la JEP

El 17 de enero de 2023, la antes mencionada Comisión de Seguimiento de la JEP presentó su informe de conclusiones ante la Plenaria de la Jurisdicción. Sin entrar en detalles sobre lo que fue la discusión de aquella sesión del pleno de la magistratura, básicamente se determinó que la decisión sobre el asunto sería tomada por el recién posesionado presidente de la JEP, previa recomendación de la Dirección Jurídica de la Secretaría Ejecutiva. Frente a esto último manifesté mi discrepancia, dados los antecedentes de la contratación del abogado Camilo Sampedro y su postura en contra de denunciar a los máximos responsables y el entrampamiento a la paz. Expuse que la denuncia no podía circunscribirse a la exdirectora de Asuntos Internacionales, quien ya no trabajaba en la entidad. Que era menester denunciar el entrampamiento y todo lo que se supo después, para salvaguardar el proceso de paz.

El 6 de marzo de 2023, el presidente Vidal anunció al país la presentación de la denuncia penal de la JEP para que se investigara la conducta de antiguos servidores de la Fiscalía. Indicó que correspondía a la recomendación de la Plenaria de la JEP, luego del informe de la Comisión de Seguimiento, y que tenía como anexo un estudio contratado con la firma londinense de abogados Guernika Chambers.

La denuncia que fue anunciada por el presidente correspondió a la radicada por el segundo apoderado contratado por la Secretaría Ejecutiva, el abogado Gerardo Barbosa, a quien Sampedro le había cedido el poder. Se limitó al posible

[53] Tribunal Superior del Distrito de Bogotá, Sala Penal, Sentencia condenatoria en contra de Carlos Julián Bermeo Casas, Rad. 11001600000020190286700, pp. 88 y ss.

[54] JEP, Comunicado 73, 2022. Disponible en: https://www.jep.gov.co/Sala-de-Prensa/Paginas/Tribunal-Superior-Bogota-rechazo-existencia-red-criminal-JEP.aspx.

ocultamiento de pruebas y fraude a resolución judicial por parte de la Fiscalía, "en cabeza" de la antigua entonces directora de Asuntos Internacionales.[55]

Llama la atención que la denuncia protegió la responsabilidad del exfiscal Martínez y de la misma DEA, pues al focalizar el reproche en la exdirectora de Asuntos Internacionales, afirmó que las declaraciones de ella *desconcertaban* porque supuestamente contradecían "los comnunicados (sic) oficiales de la propia Fiscalía, las entrevistas rendidas por el sefior (sic) Fiscal General de la Nación e, incluso, declaraciones de una funcionaria de la DEA al periódico El Tiempo el 10 de abril de 2018, en la que da cuenta de la asistencia judicial prestada por la Fiscalía a esa agencia".[56]

La denuncia también incluyó una declaración que el entonces fiscal Martínez dio a la emisora radial La FM el 19 de octubre de 2019, que expresamente transcribió para indicar que la conducta de la denunciada no se correspondía con lo afirmado por su superior, en el sentido de que las grabaciones realizadas sí habían sido autorizadas por los jueces de la República. A continuación se copia lo allí transcrito:

> … una vez la JEP produzca su concepto, su dictamen técnico sobre la fecha de la ocurrencia de esos hechos que se discuten, el país conocerá las grabaciones y podrá establecer si es cierta esa falacia que se quiere construir de que el gobierno americano de la mano del Fiscal General de la Nación le hizo montajes, cuando se trata de grabaciones que muestran unos diálogos libres, espontáneos, ajenos a cualquier apremio o condicionamiento de grabaciones privadas que se hicieron en el marco de la constitución y la ley, autorizadas por jueces de la República, en donde se están (sic) hablando de negocios oscuros.

Como se evidencia, contrasta en la denuncia la inclusión de comentarios del exfiscal Martínez y de un funcionario de la DEA, y la nula referencia a la compulsa de copias realizada por la SR en la decisión de la garantía de no extradición de Santrich del 15 de mayo de 2019, por la presunta actuación ilegal de agentes encubiertos y testigos cooperantes sin autorización judicial y la posible violación de la soberanía colombiana. Tampoco tuvo en cuenta el documento anexo de la firma de abogados Guernika Chambers que sin sentido real se adjuntó.

También, brillaron por su ausencia referencias al entrampamiento a la paz; a los intentos de montaje judicial a funcionarios de la JEP; a la posibilidad de filtración de información e interceptación ilegal de comunicaciones a la magistratura de la Jurisdicción, evidenciadas en los mensajes intimidantes del periodista Yamhure y la amenaza del retiro de visa americana, cuatro días antes de

---

[55] Denuncia interpuesta por la Jurisdicción Especial para la Paz ante la Fiscalía General de la Nación, 6 de marzo de 2023, p. 14. Disponible en: https://www.jep.gov.co/Sala-de-Prensa/SiteAssets/Paginas/jep-pide-a-fiscal%C3%ADa-que-investigue-conductas-de-antiguos-servidores-del-ente-acusador/Denuncia%20radicada%20-%206%20mar%202023.pdf.

[56] *Ibid.*, p. 13.

la decisión de la garantía, entre otras tantas anomalías que habían sido puestas de presente en numerosas discusiones en la JEP.

Se supo que la Secretaría Ejecutiva presentó queja disciplinaria contra el abogado Camilo Sampedro ante la Comisión de Disciplina Judicial, la cual fue desestimada y las diligencias archivadas en cumplimiento del auto proferido por la magistrada Paulina Canosa Suárez, el 28 de marzo de 2023.[57] Y aun cuando sea simplemente anecdótico, vale anotar que el primer presidente de dicha comisión, elegido por unanimidad en 2015, fue el abogado javeriano y magistrado Julio Sampedro, amigo del exfiscal Martínez y hermano del abogado Camilo Sampedro. Es de anotar que el apoderado de la JEP no presentó denuncia penal por calumnia contra el abogado Sampedro.

A fines de noviembre de 2023, con ocasión de la visita de la investigadora de las Naciones Unidas Antonia Urrejola a la Jurisdicción, se conoció, casualmente, por reporte del abogado de la JEP dirigido al director jurídico de la entidad que indagó por el asunto, que la denuncia y los documentos anexos habían "perdido legibilidad" en el proceso de digitalización en la Fiscalía, por lo que en septiembre le habían pedido al abogado remitir copia escaneada, lo que hizo semanas después, en octubre.[58]

Como era de esperarse, dada la calidad de la denuncia y su limitación a la exdirectora de Asuntos Internacionales, persona que tenía una mínima responsabilidad, esta fue archivada. Curiosamente, la decisión de archivo, en lugar de referir la supuesta pérdida de legibilidad de la denuncia que había reportado el apoderado Barbosa, indicó que se le pidió a él una "ampliación de la denuncia", la cual se llevó a cabo el 21 de septiembre de 2023.

La decisión de archivo del fiscal 10 delegado ante la Corte descartó la responsabilidad de la exdirectora de Asuntos Internacionales de la Fiscalía (quien al

---

[57] Comisión Seccional de Disciplina Judicial de Bogotá, Auto que desestima de plano, 28 de marzo de 2023, Rad. 11001250200020230130900. Disponible en: https://consultaprocesos.ramajudicial.gov.co/procesos/Index.

[58] Correo electrónico enviado por el abogado de la JEP, Gerardo Barbosa, al director jurídico con ocasión de su indagación acerca de los avances de la investigación de la Fiscalía frente a la denuncia presentada por el primero: "De la denuncia formulada contra la exdirectora de la Dirección de Asuntos Internacionales de la Fiscalía General de la Nación por presunto fraude a resolución judicial, ocultamiento de elementos materiales probatorios y demás eventuales a la ley penal que pudieran configurarse en razón de la negativa a suministrar información requerida por la JEP y por a (sic) Corte Constitucional, me permito informar que el asunto fue inicialmente asignado, bajo la radicación 110016000050202365770 a la Fiscalía 100 delegada ante el H. Tribunal Superior de Bogotá. En el mes de julio, la señora fiscal informó que el asunto había sido objeto de variación de asignación y posteriormente fui enterado que se asignó a la Fiscalía 10 Delegada ante la H. Corte Suprema de Justicia. El 21 de septiembre fui citado por ese Despacho a diligencia de entrevista y se me informó que en el proceso de digitalización de la denuncia, por algún problema de sistema, la denuncia, el concepto incorporado a la misma y el poder habían perdido legibilidad, por lo que respetuosamente se me solicitaba remitir una copia escaneada de dichos documentos, como efectivamente lo hice en las primeras semanas del mes de octubre. El asunto se encuentra actualmente en etapa de indagación y en desarrollo del plan metodológico".

parecer salió de la entidad en 2019), sobre la base de que no tuvo en su poder las pruebas que había echado de menos la SR, que legalmente solo podían estar en el Estado requirente. Que no era su deber tenerlas y que pasaron por sus manos en sobres cerrados que tramitó con el agregado judicial de la Embajada de los Estados Unidos, quien solamente vino a ofrecer las pruebas el 15 de mayo de 2019.

Para llegar a esta conclusión, tuvo en cuenta el oficio que por correo electrónico envió el abogado de la denunciada (oficio JUD-138-19 de fecha 15 de mayo de 2019) remitido por el agregado judicial de la embajada, cuyo nombre no indica, pero se presume corresponde al señor Marlon Cobar, varias veces mencionado en este artículo.

Es de notar que la fecha del referido oficio del agregado judicial a la entonces directora de Asuntos Internacionales (15 de mayo de 2019) coincide con la de la decisión de la garantía de no extradición de Santrich tomada por la SR, y la renuncia del entonces fiscal general Néstor Humberto Martínez.

La noticia del archivo de la denuncia fue difundida por diversos medios de comunicación. Particularmente, el diario *El Tiempo*, el 25 de julio de 2024, en su edición impresa titulada "Archivan denuncia de JEP por caso Santrich", reportó: "En su momento, Martínez allegó a la JEP un oficio en que dio cuenta del envío total del expediente y mencionó que fue la JEP la que adicionó que la remisión del expediente se hiciera *excluyendo audios y videos* que estuvieran en poder de la entidad" (énfasis agregado).[59] Esto es falso, porque la SR expresamente pidió que los incluyeran.[60]

La investigación de la experta de las Naciones Unidas Antonia Urrejola

El entonces canciller de Colombia, Álvaro Leyva, llevó el tema del entrampamiento a la paz al Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas y la denuncia de la JEP con ocasión de la entrega del informe trimestral de la Misión de Verificación de la ONU en Colombia, el 10 de abril de 2023. Pidió que se conformara una comisión internacional o de expertos de investigación sobre los hechos y la actuación de "enemigos de la paz".

Así fue como en julio de 2023, el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas designó a la abogada chilena Antonia Urrejola, exministra de Relaciones Exteriores de ese país y expresidenta de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), para que investigara los obstáculos contra la implementación del Acuerdo de Paz en Colombia y la denuncia de obstrucción al trabajo de la Jurisdicción Especial para la Paz en el caso de la garantía de no extradición de Santrich.

---

[59] *El Tiempo*, "Archivan denuncia de JEP por caso Santrich", p. 16.

[60] Ver apartado "Boicot probatorio y campaña mediática de desinformación".

La doctora Urrejola arribó a Colombia a inicios de septiembre de 2023, y formalmente solicitó reunión con el magistrado Roberto Vidal (presidente de la JEP) y la suscrita magistrada. Dado que por delegación del presidente me encontraba en comisión oficial en Nepal, para representar a la JEP y asesorar a ese país en su proyecto de creación de un sistema de justicia transicional para judicializar su pretérito conflicto armado, debí atender la reunión de manera virtual desde Katmandú. Infortunadamente, me tocó esperar hora y media, desde las 4:30 de la madrugada del 5 de septiembre (hora de Nepal), para ser conectada de manera remota a la reunión, pues el presidente y el secretario ejecutivo decidieron sostener antes una conversación privada con la investigadora chilena, a la que no me fue permitido participar desde la distancia. La magistrada auxiliar de mi despacho y conocedora del caso Santrich, Catalina Medina, a quien delegué para que estuviera presente y me conectara al computador, tampoco pudo entrar a esa primera parte de la reunión y fue testigo de la incomodidad para los funcionarios de presidencia el que no se me permitiera ingresar.

Otro hecho anecdótico sucedió dos meses después, con ocasión de la segunda visita al país de la doctora Urrejola. Llegó una nueva invitación, también a mi nombre y del presidente, pero no me fue remitida. Me enteré por casualidad y puse la correspondiente queja formal ante el jefe de Gestión Documental, quien se excusó y puso de presente que había remitido el documento a la presidencia de la JEP. Me quejé entonces por escrito con el presidente de la Jurisdicción, pero nunca obtuve respuesta.

No participé entonces en la reunión del 22 de noviembre de 2023 que se dio en la JEP con la doctora Urrejola. Asistieron, además del presidente y el secretario ejecutivo, los magistrados Adolfo Murillo y Jesús Bobadilla de la SR, quienes me comentaron después que habían tenido la oportunidad de exponerle a ella las numerosas irregularidades advertidas en el trámite de la garantía de no extradición, incluyendo los mensajes del periodista Yamhure.

Sí asistí a una reunión en la Cancillería con la doctora Urrejola, en la que tuve la posibilidad de explicarle el caso y lo que fue mi experiencia. Me comentó que había notado un "cambio" en la posición de la JEP entre la primera y la segunda reunión que sostuvo en la entidad. Al parecer, en la primera (entiendo que en la parte en la que no se me permitió participar) se le hizo saber que no era del interés de la JEP el avance en las investigaciones, pues el caso Santrich le había hecho mucho daño a la Jurisdicción y causado una negativa división interna. Este comentario obviamente me desconcertó.

El 14 de diciembre de 2023, la experta internacional expidió un comunicado en el que precisó el alcance de su mandato para investigar el asunto, aclarando que su papel no comportaba determinar responsabilidades penales y que se circunscribía a contribuir en la identificación de los obstáculos para la implementación del Acuerdo de Paz. La prensa destacó de este comunicado lo indicado

en cuanto a que el caso Santrich se había dado en un contexto de "uso abusivo de persecución judicial".[61]

El 26 de marzo de 2024, la experta Urrejola presentó el informe solicitado por el Consejo de Derechos Humanos. Allí señaló que "habría existido, por parte de la Fiscalía General de la Nación, una obstaculización del procedimiento de la JEP en el caso de Jesús Santrich", y concluyó que este asunto "ejemplifica el uso abusivo de la acción penal para debilitar la confianza ciudadana en el Acuerdo y en el sistema de justicia transicional". Basada en jurisprudencia de la Corte Constitucional, concluyó que en ese caso "se podría haber recurrido a la figura del 'agente provocador', que no está contemplada como técnica especial de investigación en el marco de la cooperación judicial internacional y *está prohibida en Colombia*" (énfasis agregado). También resaltó que con esa actuación del ente acusador "se reforzó el estigma sobre las personas firmantes de paz, se aceleró su división interna, y habría afectado la reincorporación tal y como estaba prevista en el Acuerdo. A su vez, creó un manto de duda en la idoneidad e imparcialidad de las y los integrantes de la JEP".

Finalmente, dentro de sus recomendaciones, Urrejola urgió a la propia Fiscalía a "priorizar la investigación de la denuncia de la JEP de marzo 2023, y determinar eventuales responsabilidades penales en un plazo razonable, mediante la conformación de un grupo de expertos/as independientes, para coadyuvar y brindar asistencia técnica en la investigación".[62] Claramente, la investigación de la Fiscalía General de la Nación se circunscribió a la limitada e incompleta denuncia de la JEP y no tuvo en cuenta el informe de la experta de las Naciones Unidas.

Las confesiones del exfiscal Néstor Humberto Martínez en su libro *Las dos caras de la Paz*

En septiembre de 2019, el exfiscal Néstor Humberto Martínez publicó con la editorial Planeta un libro de su autoría titulado *Las dos caras de la Paz*. En este libro queda en evidencia cuál era realmente su posición frente al proceso de paz, lo que buscó cuando entró a formar parte del gobierno Santos, lo que fue su "camino a la Fiscalía", sus iniciativas de acercamiento con "El patriota Álvaro

---

[61] Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Colombia, *Observaciones preliminares de la experta internacional en derechos humanos: Antonia Urrejola*, 2023. Disponible en: https://www.hchr.org.co/comunicados/observaciones-preliminares-de-la-experta-internacional-en-derechos-humanos-antonia-urrejola/; Caracol Radio, "Experta de ONU: 'hubo persecución abusiva en caso de Jesús Santrich'", 14 de diciembre de 2023. Disponible en: https://caracol.com.co/2023/12/14/experta-de-onu-hubo-persecucion-abusiva-en-caso-de-jesus-santrich/; Cancillería de la República de Colombia, *Antonia Urrejola, experta internacional en Derechos Humanos, entregó informe preliminar sobre los obstáculos para la implementación del Acuerdo de Paz de 2016*, 2023. Disponible en: https://www.cancilleria.gov.co/newsroom/news/antonia-urrejola-experta-internacional-derechos-humanos-entrego-informe-preliminar.

[62] Asistencia técnica y fomento de la capacidad en Colombia, Informe de la Experta Internacional en Derechos Humanos, A/HRC/55/18, 20 de marzo de 2024.

Uribe" cuando ganó el "No" en el plebiscito, entre otros temas. Dedicó un capítulo especial al caso Santrich, el cual realmente constituye una confesión sobre su negativa a colaborar con la JEP y su obsesión con la extradición del exjefe guerrillero, con su captura y recaptura.

El libro es prueba de que el entonces fiscal general de Colombia estaba obsesionado con entregar a Santrich a los Estados Unidos y quedar en la historia del país como quien supuestamente había logrado dejar al descubierto que una "cara" importante de las FARC seguía en la delincuencia desde el narcotráfico.

La razón de esta obsesión se deduce de la simple lectura del capítulo que da cuenta de cómo el entonces fiscal general se dedicó a coordinar reuniones con altos funcionarios de la Fiscalía de los Estados Unidos, en Cartagena, en su residencia, en la oficina, de las cuales incluso publica fotos al final del libro. Como bien lo dice con sus propias palabras en el acápite "Sainete de la JEP: de tumbo en tumbo", "De esta manera nos aseguramos de no enviar absolutamente nada"[63] (refiriéndose a los requerimientos probatorios de la SR).[64]

En el referido capítulo, Martínez presenta con orgullo detalles de la cumbre de Cartagena que tuvo con altos funcionarios de la Embajada y de la Fiscalía norteamericanas, entre ellos, Jeff Sessions, el *attorney general* del gobierno Trump quien, según cuenta, "aceptó vestir una guayabera de color blanco para compartir el ambiente caribeño",[65] pues el hombre bien conoce a Colombia, dado que en varias ocasiones ha venido "con su amigo, el señor Heman Drummond, fundador de la multinacional carbonera".[66]

Martínez también comenta otra reunión con el fiscal Mattew Whitaker llevada a cabo el 30 de enero de 2019, esta vez, en su propia residencia, lugar que, según cuenta, fue autorizado por la propia Casa Blanca, como un "gran gesto de confianza", dada la "relevancia del encuentro".[67] También estaban Bruce Swartz, vicefiscal general de los Estados Unidos; Gary Barnett, jefe de gabinete; William Levy, consejero de Seguridad Nacional; Patrick Bumatay, asesor principal del fiscal general; Lindsey de la Torre, enlace del Departamento de Justicia y la Casa Blanca; Kerri Kupec, directora de la oficina de Asuntos Públicos; el embajador de Estados Unidos en Colombia, Kevin Whitaker y los dos agregados judiciales de la embajada, Marlon Cobar y Brian Skaret.[68]

Según Martínez, al final de la reunión se mencionó que la JEP había pedido pruebas a los Estados Unidos, frente a lo cual, el embajador comentó que la carta rogatoria no le había llegado a su despacho. Que, gracias a ello, al día

63 Martínez, *Las dos caras de la paz*, *op. cit.*, p. 303.
64 *Ibid*., p. 339.
65 *Ibid*., p. 333.
66 *Idem*.
67 *Ibid*., p. 343.
68 *Ibid*., p. 344.

siguiente vino a descubrirse que se había enviado por la empresa 472 y estaba perdida, lo cual, dicho sea de paso, el país lo conoció como escándalo mediático reportado en primicia por la periodista Darcy Quinn.[69]

También, el exfiscal Martínez da cuenta de otras reuniones en su despacho, como la visita que recibió del embajador de Estados Unidos con los agregados judiciales el 28 de diciembre de 2017, o la de unos personajes que él llama "halcones", a comienzos de abril de 2018, con quienes trabajaba un grupo de investigadores "DEA SIU CTI" de la Fiscalía de Colombia.[70]

Del relato de Martínez, contrasta la manera como se refiere a los altos servidores públicos de Colombia con los de los Estados Unidos. Frente a estos dice que formaban parte de una "nómina de lujo"; en tanto que ni siquiera precisa que el padre Pacho de Roux (Francisco de Roux) era, ni más ni menos, que el presidente de la Comisión de la Verdad de Colombia. Solo comenta que así lo llaman "en la Javerianidad" y que a él tuvo que pedirle que "asistiera espiritualmente" a Santrich por la huelga de hambre que hizo cuando estaba preso. Que el padre hablaba mucho con Santrich, pero que nunca supo de qué. Sobre los magistrados de la JEP afirma, por ejemplo, que se les vieron, literalmente, sus "orejas de burro". Notorio el contraste o la apreciación de los servidores públicos de los dos países.[71]

También confiesa la desconfianza que le generaba el presidente Santos, antes de contarle sobre la captura a Santrich el mismo día del operativo. Incluso, que le sorprendió su respuesta ("su actitud me dejó mudo") y que se había preparado para otra reacción del presidente.[72] Esa desconfianza queda en evidencia cuando explica cómo decidió que la solicitud de extradición se tramitara de manera diferente a lo normal, esto es, no por conducto de la Cancillería ni de la Policía Nacional, sino a través de la Interpol con fiscales de Francia, para lo cual, según sus propias palabras, los fiscales americanos tuvieron que levantarse de sus camas, dada la diferencia horaria.[73]

Pero, así como el libro deja al descubierto la desconfianza de Martínez con el presidente Santos, la Cancillería y la JEP, su confianza frente a los "halcones" y el personaje de Marlon Marín es otra cosa. Justamente, es un enigma su verdadera identidad. Se sabe que es el sobrino de Iván Márquez, a quien la Fiscalía de Colombia estaba investigando por corrupción con los recursos de los

---

[69] Caracol Radio, "Carta rogatoria de la JEP a EE. UU. sobre Santrich se perdió en el correo", 31 de enero de 2019. Disponible en: https://caracol.com.co/radio/2019/01/31/judicial/1548938694_322686.html; Caracol Radio, "La cronología de la carta del caso Santrich que se perdió en el correo", 1 de febrero de 2019. Disponible en: https://caracol.com.co/programa/2019/02/01/6am_hoy_por_hoy/1549032020_489794.html.

[70] Martínez, *Las dos caras de la paz*, *op. cit.*, p. 318.

[71] *Ibid*., pp. 303, 336 y 349.

[72] *Ibid*., p. 323.

[73] *Ibid*., pp. 320, 321 y 323.

servicios de salud para los firmantes de paz y por casualidad lo encontraron hablando por teléfono sobre negocios de narcotráfico en los que refería a Santrich. Muy seguramente era un agente encubierto de la DEA.

Se desconoce si Marlon Marín fue legalmente capturado por la Fiscalía y a cuenta de qué proceso estuvo en las "carceletas del búnker", como el mismo Martínez lo reconoce en su libro, cuando relata cómo este hombre le contó su historia al director del CTI. Anecdóticamente refiere que tenía la intención de estar en la legalidad pero que, por su parentesco con Márquez, se le cerraron las puertas, incluyendo las de la Fiscalía, donde intentó trabajar. Que por esa "frustración", Marín le "contó a su mamá" lo sucedido y ella habló con su hermano, por lo que terminó trabajando con Iván Márquez, como asistente. Martínez cuenta que Marín le hacía la agenda a Iván Márquez, que era su tesorero, le compraba medicamentos e incluso que "probaba sus alimentos";[74] sin embargo, no es claro por qué tenía toda esta información y qué tan real era.

Lo más curioso del relato de Martínez sobre Marín no es solo la fe absoluta en sus dichos en contra de Santrich, que supuestamente lo involucraban a él mismo en el negocio de narcotráfico (junto con Gómez España y Younes Arboleda), porque Marín era el protagonista en las llamadas y reuniones, sino que dijera que en razón de la "claustrofobia"[75] que el hombre padecía, al final había acordado con las autoridades de Estados Unidos que no lo extraditaran. Léase bien: *claustrofobia*. Que, por esto, Marín no fue incluido en la orden de captura internacional, a pesar de que estaba acusado en el mismo *indictment* que los demás. En otras palabras, todo un supuesto narcotraficante, socio de Santrich, incluido en el *indictment*, al final no resulta pedido en extradición y es sacado del país de manera subrepticia, debido a que sufría de "claustrofobia".

La obsesión de Martínez con la captura de Santrich, que tituló como una "odisea", queda también registrada en su relato, al igual que la "impaciencia de las autoridades de Estados Unidos", que, según cuenta, le hicieron saber su molestia cuestionando que "por impericia se había malogrado la cooperación judicial". Esto, dada la demora aquel 9 de abril de 2018 por las múltiples precauciones que tomó el general Pérez, director del CTI, encargado de la misión y servidor de total confianza de Martínez.[76]

Pero lo más relevante de la "confesión" del exfiscal, es su relato sobre el famoso video en el que aparece Santrich supuestamente negociando droga con narcotraficantes mexicanos. Ese video, que nunca fue entregado a la JEP y que, *contrario sensu*, circuló en noticias –inicialmente sin audio y después de la decisión de la garantía, con sonido–, Martínez reconoce que lo tuvo en su poder

[74] *Ibid*., p. 300.
[75] *Ibid*., pp. 331.
[76] *Ibid*., pp. 323 y ss.

y que le fue entregado por las autoridades de los Estados Unidos, *alterado* y *editado*, alteración que supuestamente hicieron para no afectar su valor probatorio. Reconoce que en esas condiciones (a sabiendas de que estaba alterado y editado) lo entregó –*off the record*– a los medios de comunicación y a varios embajadores –de manera confidencial– en sendas reuniones que tuvo con ellos.[77]

La defensa que Martínez ha hecho al cuestionamiento de no haber entregado el video a la JEP (que lo pidió como prueba en el trámite de la garantía de no extradición) era que no tenía "copia auténtica", y con ese calificativo[78] ha tratado de cubrir su negativa de entregarlo a la Jurisdicción. Pero es un hecho que sí se lo entregó a los medios de comunicación y a los embajadores, y después se conocieron las conclusiones del peritaje técnico al video sobre la alteración de las imágenes y la voz.[79]

Por eso, a pesar de que en el libro Martínez cuida sus palabras para agregar el calificativo de "copia auténtica" al famoso video que tuvo en su poder y que le fue entregado por los "halcones", lo cierto es que aceptó tenerlo y ser consciente de su alteración. Así como confesó haberle negado pruebas a la JEP, también puso de presente la desconfianza que sentía hacia el presidente Santos, en contraposición a su fe en los "halcones" americanos y en Marlon Marín, en cuyos supuestos dichos monta toda su teoría.

Y mientras en el libro Martínez reconoce haberle "anticipado" al *general Attorney*, el 30 de enero de 2019, cómo iba a ser la decisión de la garantía por parte de la SR, también reconoce que no se sorprendió cuando el 15 de mayo, estando en el Congreso, uno de sus asesores le comentó cómo se había resuelto. Cuenta que "no se inmutó" porque era previsible "a juzgar por lo que venían haciendo y diciendo en público y *en privado*" (énfasis agregado).[80] ¿Por qué Martínez afirma que sabía lo que los magistrados de la JEP hacían y decían en privado?

En mi criterio, resulta extraño que medio día le alcanzara al entonces fiscal para, luego de supuestamente enterarse de la decisión de la garantía, redactar su renuncia al cargo, organizar rueda de prensa para comunicarla, preparar viaje para salir del país, e incluso se enterara, gracias al concepto de un "agudo abogado" de la Fiscalía, que no podía separarse del cargo sin que la Corte Suprema de Justicia le aceptara su renuncia, pues habría incurrido en el delito de abandono del cargo; es difícil creer que no era consciente de esto. Por ello, según cuenta, tuvo entonces que pedir licencia, con la que logró su propósito de apartarse del cargo para no tener que cumplir la orden de libertad a Santrich dada por la JEP y así irse del país.

---

77 *Ibid*., p. 317.
78 *Idem*.
79 *Ibid*., pp. 328 y 329.
80 *Ibid*., p. 347.

Tampoco resulta creíble que tan solo y fue un día, ¡un día!, lo que no obtuvo la JEP luego de casi un año de esperar las pruebas de los Estados Unidos, que no remitieron, la Fiscalía de Martínez sí lograra que las autoridades de este país se las mandaran, enviando el famoso video con audio y poniendo a disposición su peculiar testigo protegido: el famoso Marlon Marín. Así fue como una fiscal logró coordinar viaje a dicho país, tomarle declaración y armar un proceso nuevo en Colombia. Y si, como dice Martínez, esto ya estaba acordado desde el 30 de enero anterior con el fiscal Sessions, si ya todo estaba preparado para adelantar una investigación en Colombia por narcotráfico, por qué debía entonces renunciar, tanto más si la propia SR, al decidir la garantía, había compulsado copias para que la investigación por el supuesto narcotráfico se diera en Colombia por parte de autoridades nacionales. En otras palabras, la JEP había ordenado lo mismo, esto es, la investigación por las alegaciones de narcotráfico por parte de autoridades nacionales, a quienes compulsó copias.

Y fue supuestamente gracias a ese video remitido y al proceso que la Fiscalía abrió de manera extraordinariamente veloz, que también logró concretar la recaptura de Santrich, minutos después de su salida de la cárcel el 17 de mayo de 2019.

La suerte de lo que sucedió después con varios protagonistas de esta historia bien se conoce. El fiscal Martínez, luego de su licencia y posterior renuncia que aceptó la Corte Suprema de Justicia, salió de la esfera política, pero no de la opinión pública. Se desconoce si tenía aspiraciones presidenciales y todo esto era parte de la estrategia. De Marlon Marín no se volvió a saber nada, mucho menos de su paradero. Las noticias registraron la molestia de la juez tercera especializada de Bogotá porque luego de dos años del proceso que se le sigue en Colombia por concierto para delinquir con fines de enriquecimiento ilícito, Marín no ha acudido a la justicia. La juez cuestionó que tuviera que acudir al Consejo Superior de la Judicatura en procura de ayuda, porque la situación es insostenible ya que el proceso está paralizado. Por su parte, el fiscal del caso indicó que las autoridades de los Estados Unidos no han querido cooperar, así como tampoco la Dirección de Asuntos Internacionales de la misma entidad.[81]

De Santrich se dice que terminó asesinado por órdenes y pago de recompensa de los Estados Unidos.[82] El embajador Whitaker fue reemplazado por otro, luego del cambio de gobierno. Y el agregado judicial Marlon Cobar, frente a quien Martínez afirmaba que Colombia debía tener "gratitud imprescriptible", terminó siendo ascendido y hoy en día ocupa un alto cargo en el Gobierno norteamericano.

[81] *El Tiempo*, "Juez pide al Gobierno que intervenga ante EE. UU. por ausencias de Marlon Marín", 18 de diciembre de 2023. Disponible en: https://www.eltiempo.com/justicia/investigacion/juez-pide-al-gobierno-que-intervenga-ante-ee-uu-por-ausencias-de-marlon-marin-836338.

[82] Orozco, "¿Tumbaron al hombre que entregó a Santrich?", cit.

Personalmente, el nombre de Marlon Cobar siempre me llamó la atención, desde cuando trabajaba en la Fiscalía General de la Nación y era directora de articulación de fiscalías nacionales especializadas. Supe de su permanente ingreso a la entidad e injerencia en el trabajo de muchos fiscales de las direcciones a mi cargo, sin consideración del conducto regular, ni de mi posición directiva, conmigo no tuvo ninguna relación, se entendía directamente con muchos fiscales, y eso era aceptado así.

Nunca olvidaré aquella foto publicada en la página web de la entidad el 27 de mayo de 2016, que daba cuenta de la condecoración, por parte de la Embajada de los Estados Unidos representada por Marlon Cobar, al exdirector de la Dirección Nacional de Lucha contra el Crimen Organizado, el entonces fiscal Álvaro Sarmiento, a quien pocos meses atrás yo había denunciado ante el fiscal general de la nación Eduardo Montealegre, el 13 de noviembre de 2015 (radicado Orfeo 20157770017323).

La referida denuncia, que salió en medios de comunicación[83] y causó la salida de Sarmiento –no de la entidad, pero sí de la dirección de crimen organizado–, anexaba e incluía lo referido en un escrito que me fue radicado formalmente en la entidad,[84] en el que se indicaba que el homicidio del candidato a la alcaldía de Cartago, Ignacio Londoño Zabala, acaecido el 20 de julio de 2015, había sido ordenado por José Ignacio Mira Peña, alias Gafas, quien era intermediario de los hermanos Calle Serna (Los Comba, extraditados a los Estados Unidos) y tenía relación con el director de fiscalías nacionales especializadas contra el crimen organizado, Álvaro Sarmiento García. Denunciaba que a este director le habían pagado gruesas sumas de dinero para dejar en la impunidad miles de crímenes de Los Rastrojos y, puntualmente, 500 mil dólares frente al referido homicidio en las múltiples visitas de Gafas al búnker de la Fiscalía. El escrito terminaba señalando que confiaba en la "credibilidad, transparencia y honestidad de las que usted goza, ya que funcionarios comprometidos con su institución, la justicia y la verdad, son los únicos que pueden llegar al fondo de esta mafia que se propaga como un cáncer dentro de nuestra sociedad".

En la denuncia expuse otros hechos de corrupción que tenían relación e incluían a otro alto fiscal de la entidad, Rodrigo Aldana, quien al parecer tenía vínculos con Sarmiento. Evidencié el interés de los abogados de los Comba para que los procesos de lavado de activos y extinción de dominio, que se negaba entregar el fiscal Aldana (luego de perder competencia tras su ascenso a fiscal de Tribunal), se los pasaran al fiscal Sarmiento.

---

83 *El Espectador*, "El anónimo que incomoda en la Fiscalía", 5 de diciembre de 2015. Disponible en: https://www.elespectador.com/judicial/el-anonimo-que-incomoda-en-la-fiscalia-article-603738/.

84 Rad. ORFEO DNSSL - 20156111405982, con asunto "corrupción política y judicial".

Y aun cuando no es procedente entrar en detalle sobre esta denuncia que implicó la salida de Sarmiento de la dirección, para mi sorpresa, no le impidió ser condecorado por la Embajada de los Estados Unidos. Llama la atención que este alto funcionario de la Embajada no hubiese sido tan acucioso, como sí lo fue en el caso Santrich, frente a aquel personaje que denuncié. Por fortuna, un año después, un fiscal delegado ante la Corte, a quien le di información sobre mi denuncia, llevó a juicio al entonces fiscal Rodrigo Aldana, que fue condenado el 20 de septiembre de 2017 por la Corte Suprema de Justicia y cuya condena fue confirmada en segunda instancia por la misma Corte el 22 de septiembre de 2021.[85]

En relación con Marlon Cobar, el periodista Daniel Coronell publicó una nota en la revista *Semana*, titulada "The father in law", en la que cuenta sobre el suegro del agregado judicial, quien se casó con una alta funcionaria del despacho del exprocurador Alejandro Ordóñez. Especialmente, de la asesoría que prestó al abogado Diego Cadena en la defensa del expresidente Álvaro Uribe y de las trabas y dificultades que tuvo la Corte Suprema de Justicia en su investigación de este caso, para lograr la asistencia judicial de los Estados Unidos, particularmente en lo que respecta a las gestiones del abogado Cadena con el Tuso Sierra, radicado en ese país y nunca deportado de regreso a Colombia, tras lograr su libertad luego de la extradición.[86]

Para finalizar, es importante destacar lo desconcertante que resulta el papel del director del CTI en el caso Santrich (el general Pérez, hombre de confianza de Néstor Humberto Martínez). A cuenta de qué este general visitaba en las "carceletas del Búnker" a Marlon Marín y luego a Santrich. Quienes hemos trabajado en la Fiscalía sabemos que este tipo de visitas no se estilan, por decir lo menos. Los relatos de Martínez no cuadran, la explicación de la supuesta "claustrofobia" de Marlon Marín para evitar su extradición tampoco es creíble.[87] Lo cierto es que no se conoce su paradero y la justicia colombiana se ha quejado de la imposibilidad de que comparezca para el avance de su proceso judicial en Colombia.

Conclusiones

El caso Santrich y el entrampamiento a la paz tuvo serias consecuencias en uno de los pilares fundamentales para la estabilidad del proceso: la confianza. Confianza de los excombatientes en su seguridad jurídica, confianza de la

[85] Sentencia (entonces de única instancia) CSJ SP14985-2017, del 20 de septiembre de 2017, Rad. 50366; y Sentencia (que resolvió la impugnación especial) CSJ SP4238-2021, de 22 septiembre de 2021, Rad. 58625, proferidas por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

[86] Daniel Coronell, "The father in law", Revista *Semana*, 13 de diciembre de 2019. Disponible en: https://www.semana.com/opinion/articulo/relacion-del-suegro-del-funcionario-estadounidense-con-uribe-y-cadena-columna-daniel-coronell/644981/.

[87] Martínez, *Las dos caras de la paz*, *op. cit.*, p. 331.

ciudadanía en los dirigentes de la extinta guerrilla de las FARC y confianza de la opinión pública en la JEP.

En cuanto a la confianza de los excombatientes, según el informe de la Comisión de la Verdad, cientos de desmovilizados retomaron las armas y se unieron a las disidencias como consecuencia del llamado entrampamiento.[88] Hoy en día, el grupo armado ilegal que se formó tras la salida de Jesús Santrich e Iván Márquez, la Segunda Marquetalia, tiene cerca de 1.800 personas en la ilegalidad y esto sin duda ha afectado la seguridad y la paz en los territorios, así como la estabilidad del proceso de paz.[89]

En cuanto a la confianza de la ciudadanía frente a quienes comandaron las FARC y se desmovilizaron, y en la institución judicial que se creó fruto del Acuerdo, es evidente que gran parte de ella se formó la idea de que había pruebas "contundentes" en contra de Santrich, lo que sin duda comportaba minar la credibilidad en la antigua comandancia de la guerrilla y en la Jurisdicción por haberle dado la garantía. Para muchos, la JEP fue "cómplice", inútil, inepta o por lo menos ingenua al otorgar dicha garantía. Pocos se enteraron de lo que pasó con las pruebas y, menos aún, que la misma Sección de Revisión había compulsado copias para que se investigara y esclareciera por autoridades competentes colombianas la existencia o no del delito de narcotráfico. En su momento, quedó en el ambiente que el proceso de paz había sido una farsa para tapar una mafia de la comandancia de la guerrilla y que por ello era necesario volver a la guerra.

Sin embargo, tras la divulgación de las diferentes investigaciones que se dieron, del informe de la CEV y las conclusiones de la experta internacional Antonia Urrejola, esta imagen y la noción distorsionada sobre lo que pasó con la garantía de no extradición quedaron algo disminuidas. Sin duda, si Santrich hubiera terminado extraditado a los Estados Unidos, otras habrían sido las consecuencias para el proceso de paz y todos los que se opusieron a él. Es innegable que habría generado réditos políticos para muchos y el descrédito total del proceso de paz, con la correspondiente ganancia en imagen para sus contradictores. La extradición de Santrich habría cambiado el panorama político, y en la lista de candidatos presidenciales probablemente estaría el exfiscal Martínez, con el apoyo de un amplio sector de la opinión pública y de los Estados Unidos.

---

[88] Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición, Dirección de Diálogo Social, *Caso "Los obstáculos para la continuidad de los procesos de paz en Colombia"*, 2022. Disponible en: https://www.comisiondelaverdad.co/sites/default/files/2022-08/Caso-los-obstaculos-para-la-continuidad-de-los-procesos-de-paz-en-Colombia.pdf.

[89] *El Tiempo*, "'Segunda Marquetalia', con casi 1.800 hombres, controla la cocaína en las fronteras", 10 de febrero de 2024. Disponible en: https://www.eltiempo.com/justicia/conflicto-y-narcotrafico/segunda-marquetalia-controla-el-trafico-de-cocaina-en-fronteras-asi-esta-organizada-853546.

El caso Santrich deja demasiados interrogantes. A continuación relaciono algunas de las tantas preguntas que quedan sin responder, las más importantes. Con solo plantearlas, quienes lean estas líneas se pueden formar sus propias conclusiones:

1. ¿Cómo se explican el interés en el caso Santrich y las actuaciones de la Fiscalía, la Embajada de Estados Unidos y el gobierno Trump? ¿Era Marlon Marín un agente de la DEA? ¿En verdad, por sufrir de "claustrofobia" lo dejaron en libertad? ¿Quién se encargó de su clandestina salida del país?
2. ¿A qué se debía la obsesión del exfiscal Néstor Humberto Martínez con la extradición de Santrich? ¿Por qué su interés en contra de que la SR decretara pruebas?
3. ¿Cómo se explica el conocimiento que tenía el periodista Ernesto Yamhure del sentido en que iba el proyecto de decisión de garantía de no extradición de la SR, que estaba a cuatro días de adoptarse, y quiénes eran los magistrados que la suscribirían sin salvamento de voto? ¿Por qué mencionó que les iban a revocar la visa norteamericana? ¿Había algún tipo de interceptación en las comunicaciones, seguimiento o filtración de información?
4. ¿Por qué el exfiscal Martínez refiere en su libro que conocía las actuaciones de carácter *privado* de los magistrados de la SR?[90]
5. ¿Por qué el exfiscal Martínez negó entregarle el video en el que aparece Santrich a la SR, en tanto que sí lo entregó a medios de comunicación y embajadores en Colombia, editado y alterado, como él mismo lo reconoce en su libro?[91]
6. ¿Cómo se explica la diferencia en la disposición a cooperar –por parte del exfiscal Martínez– con las autoridades de los Estados Unidos y la mínima cooperación con la JEP?
7. ¿Cómo se explica la cuantiosa contratación del abogado Camilo Sampedro por parte de la Secretaría Ejecutiva de la JEP, su concepto sobre la oponibilidad de reserva de información a la magistratura y sus calumniosas afirmaciones en contra de ella? ¿Quién sugirió el nombre de Sampedro en la JEP? ¿Cómo entender la pésima denuncia que presentó el segundo abogado de la JEP, que terminó archivada por la Fiscalía?
8. ¿Por qué no se me permitió participar en la parte inicial de la reunión del presidente y secretario ejecutivo de la JEP con la investigadora Antonia Urrejola y que en esta, al parecer, se le indicara la falta de interés de la Jurisdicción en la investigación del entrampamiento a la paz? ¿Tiene esto

[90] *Ibid*., p. 347.
[91] *Ibid*., p. 317.

relación con la fuerte reticencia a permitir mi intervención en la Plenaria de la magistratura de la JEP el 8 de febrero de 2024 ante el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, en visita al país para revisar las dificultades en la implementación del Acuerdo de Paz?

Con ocasión de la entrevista que dio el jefe negociador en los diálogos con la Segunda Marquetalia y su referencia al "entrampamiento" como explicación de la génesis de este grupo, el exfiscal Martínez públicamente anunció que lo denunciaría.[92] Afirmó que la JEP nunca denunció el entrampamiento. Tiene razón, la denuncia que presentó el segundo abogado de la JEP en efecto no denunció el entrampamiento, ni incluyó la compulsa de copias de la SR en la decisión de la garantía, en cuanto a la posible actuación ilegal de agentes encubiertos en territorio colombiano sin autorización y en violación de la soberanía nacional. Limitó la denuncia a la actuación de la entonces directora de Asuntos Internacionales por no remitir pruebas, y en un párrafo dio a entender que la DEA y el exfiscal Martínez eran ajenos a ella.

Esto último deja más interrogantes: ¿Por qué la JEP circunscribió su denuncia a una exfuncionaria de nivel medio y dejó por fuera a quienes serían los máximos responsables?

El artículo 5 transitorio constitucional consagra para la JEP, además de la función judicial, la obligación de "contribuir al logro de una paz, estable y duradera". Por su parte, el artículo 22 de la Constitución Política establece que "la paz es un derecho y un deber de obligatorio cumplimiento". Así, inspirada en estos dos artículos constitucionales, como magistrada y ciudadana colombiana, dejo este artículo para la historia. Concluyo que el caso Santrich fue un entrampamiento a la paz ejecutado por enemigos de ella, nacionales y extranjeros, cuyos máximos responsables deben responder algún día, si pretendemos que la paz sea, finalmente, estable y duradera.

Bibliografía

Ámbito Jurídico, "Procuraduría califica de error jurídico suspensión de proceso de extradición de Jesús Santrich", 22 de mayo de 2018. Disponible en: https://preambitojuridico.legis.com.co/noticias/penal/penal/procuraduria-califica-de-error-juridico-suspension-de-proceso-de-extradicion-0.

Asuntos Legales, "La Procuraduría General rechazó la solicitud que realizó la JEP en el caso de Santrich", 2 de noviembre de 2018. Disponible en:

[92] *El Tiempo*, "Exfiscal Néstor Humberto Martínez pide rectificación a Armando Novoa, jefe negociador con la Segunda Marquetalia", 18 de junio de 2024. Disponible en: https://www.eltiempo.com/justicia/investigacion/exfiscal-nestor-humberto-martinez-pide-rectificacion-a-armando-novoa-jefe-negociador-del-gobierno-con-la-segunda-marquetalia-3353874.

https://www.asuntoslegales.com.co/actualidad/la-procuraduria-rechazo-la-solicitud-que-hizo-la-jep-en-el-caso-de-jesus-santrich-2789288.

Bolaños, Edinson, "Los audios de la DEA y la Fiscalía que le negaron a la JEP sobre el caso 'Santrich'", *El Espectador*, 8 de noviembre de 2020. Disponible en: https://www.elespectador.com/investigacion/los-audios-de-la-dea-y-la-fiscalia-que-le-negaron-a-la-jep-sobre-el-caso-santrich-article/.

Cancillería de la República de Colombia, "Antonia Urrejola, experta internacional en Derechos Humanos, entregó informe preliminar sobre los obstáculos para la implementación del Acuerdo de Paz de 2016", 14 de diciembre de 2023. Disponible en: https://www.cancilleria.gov.co/newsroom/news/antonia-urrejola-experta-internacional-derechos-humanos-entrego-informe-preliminar.

Caracol Radio, "La cronología de la carta del caso Santrich que se perdió en el correo", 1 de febrero de 2019. Disponible en: https://caracol.com.co/programa/2019/02/01/6am_hoy_por_hoy/1549032020_489794.html.

Caracol Radio, "Carta rogatoria de la JEP a EE. UU. sobre Santrich se perdió en el correo", 31 de enero de 2019. Disponible en: https://caracol.com.co/radio/2019/01/31/judicial/1548938694_322686.html.

Caracol Radio, "Experta de ONU: 'hubo persecución abusiva en caso de Jesús Santrich'", 14 de diciembre de 2023. Disponible en: https://caracol.com.co/2023/12/14/experta-de-onu-hubo-persecucion-abusiva-en-caso-de-jesus-santrich/.

CM& (ahora Canal Uno noticias), "Este es el video de la negociación en la que fue grabado Jesús Santrich", 15 de mayo de 2019. Disponible en: https://canal1.com.co/noticias/nacional/este-es-el-video-de-la-negociacion-en-la-que-fue-grabado-jesus-santrich/.

CNN, "Jesús Santrich abandonó su esquema de seguridad, se desconoce su paradero", 30 de junio de 2019. Disponible en: https://acortar.link/UHtoMa.

Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, *Los obstáculos para la continuidad de los procesos de paz en Colombia*, 2022. Disponible en: https://www.comisiondelaverdad.co/caso-los-obstaculos-para-la-continuidad-de-los-procesos-de-paz-en-colombia.

Coronell, Daniel, "The father in law", *El Tiempo*, 13 de diciembre de 2019. Disponible en: https://www.semana.com/opinion/articulo/relacion-del-suegro-del-funcionario-estadounidense-con-uribe-y-cadena-columna-daniel-coronell/644981/.

El Espectador, "El anónimo que incomoda en la Fiscalía", 5 de diciembre de 2015. Disponible en: https://www.elespectador.com/judicial/el-anonimo-que-incomoda-en-la-fiscalia-article-603738/.

El Espectador, "Iván Márquez le da la espalda al proceso de paz y anuncia su rearme", 29 de agosto de 2019. Disponible en: https://acortar.link/C1YkfD.

El Espectador, "Exfiscal Martínez autorizó entrega de dineros de la Fiscalía en entrampamiento a Bermeo", 14 de diciembre de 2020. Disponible en: https://www.elespectador.com/judicial/exfiscal-martinez-autorizo-entrega-de-dineros-de-la-fiscalia-en-entrampamiento-a-bermeo-article/#google_vignette.

El Espectador, "'Hay un interés en acabar con la JEP', Maritza Lorza habla de su extradición a EE. UU.", 18 de enero de 2021. Disponible en: https://www.elespectador.com/judicial/hay-un-interes-en-acabar-con-la-jep-maritza-lorza-habla-de-su-extradicion-a-eeuu-article/#google_vignette.

El País, "La recaptura del exlíder de las FARC Jesús Santrich agrava la crisis política en Colombia", 18 de mayo de 2018. Disponible en: https://elpais.com/internacional/2019/05/18/colombia/1558133675_637320.html?event_log=regonetap.

El Tiempo, "Estados Unidos asegura que no enviará las pruebas en el caso Santrich", 1 de marzo de 2019. Disponible en: https://www.eltiempo.com/justicia/jep-colombia/estados-unidos-responde-a-la-jep-que-no-enviara-las-pruebas-en-el-caso-santrich-332920.

El Tiempo, "¿Por qué se usó un agente encubierto en el caso del fiscal de JEP?", 6 de marzo de 2019. Disponible en: https://www.eltiempo.com/justicia/jep-colombia/debate-por-uso-de-agente-encubierto-en-el-caso-del-exfiscal-de-jep-334352.

El Tiempo, "Así fue la negociación de Santrich por el cargamento de cocaína", 15 de mayo de 2019. Disponible en: https://www.youtube.com/watch?v=GXX_7vziIqw.

El Tiempo, "EE. UU. ofrece US$ 10 millones de recompensa por Márquez y Santrich", 18 de junio de 2020. Disponible en: https://acortar.link/mhtyOv.

El Tiempo, "Disidencias confirman muerte de 'Jesús Santrich'", 18 de mayo de 2021. Disponible en: https://acortar.link/OuoFgq.

El Tiempo, "Juez pide al Gobierno que intervenga ante EE. UU. por ausencias de Marlon Marín", 18 de diciembre de 2023. Disponible en: https://www.eltiempo.com/justicia/investigacion/juez-pide-al-gobierno-que-intervenga-ante-ee-uu-por-ausencias-de-marlon-marin-836338.

El Tiempo, "'Segunda Marquetalia', con casi 1.800 hombres, controla la cocaína en las fronteras", 10 de febrero de 2024. Disponible en: https://www.eltiempo.com/justicia/conflicto-y-narcotrafico/segunda-marquetalia-controla-el-trafico-de-cocaina-en-fronteras-asi-esta-organizada-853546.

El Tiempo, "Exfiscal Néstor Humberto Martínez pide rectificación a Armando Novoa, jefe negociador con la Segunda Marquetalia", 18

de junio de 2024. Disponible en: https://www.eltiempo.com/justicia/investigacion/exfiscal-nestor-humberto-martinez-pide-rectificacion-a-armando-novoa-jefe-negociador-del-gobierno-con-la-segunda-marquetalia-3353874.

Fiscalía General de la Nación, Comunicado de prensa 195, 17 de mayo de 2019.

Fiscalía General de la Nación, *La Fiscalía de la Gente. Periodo del Fiscal General de la Nación, Néstor Humberto Martínez Neira, 2016-2019.* Serie Documentos 34. Disponible en: https://www.fiscalia.gov.co/colombia/wp-content/uploads/Informe-de-avances.-Versi%C3%B3n-final_.pdf.

JEP, Comunicado de prensa 73, 2022. Disponible en: https://www.jep.gov.co/Sala-de-Prensa/Paginas/Tribunal-Superior-Bogota-rechazo-existencia-red-criminal-JEP.aspx.

La Silla Vacía, "¿De dónde salió Ernesto Yamhure?", 11 de septiembre de 2011. Disponible en: https://www.lasillavacia.com/silla-nacional/de-donde-salio-ernesto-yamhure/.

Martínez, Néstor Humberto, *Las dos caras de la paz*, Bogotá, Editorial Planeta, 2019.

Martínez, Néstor Humberto, "Ni entrampamiento ni droga de la Fiscalía", *El Tiempo*, 29 de noviembre de 2020. Disponible en: https://www.eltiempo.com/politica/proceso-de-paz/nestor-humberto-martinez-escribe-sobre-el-caso-santrich-ni-entrampamiento-ni-droga-de-la-fiscalia-551773.

Molano Jimeno, Alfredo, "La DEA, la Fiscalía y un coronel entramparon el proceso de paz", *Cambio,* 21 de agosto de 2022. Disponible en: https://cambiocolombia.com/articulo/poder/la-dea-la-fiscalia-y-un-coronel-entramparon-el-proceso-de-paz.

Naciones Unidas, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Observaciones preliminares de la experta internacional en derechos humanos: Antonia Urrejola, 2023. Disponible en: https://www.hchr.org.co/comunicados/observaciones-preliminares-de-la-experta-internacional-en-derechos-humanos-antonia-urrejola/.

Noticias Uno, "Fiscalía Martínez Neira entregó 500 mil dólares a agente de la DEA para trampa a la JEP", 14 de diciembre de 2020. Disponible en: https://www.noticiasuno.com/nacional/fiscalia-martinez-neira-entrego-500-mil-dolares-a-agente-de-la-dea-para-trampa-a-la-jep/.

Noticias Uno, "Abogado contratado por la JEP para defenderla, terminó atacándola", 28 de agosto de 2022. Disponible en: https://www.youtube.com/watch?v=D9d9oMqdZZE.

Noticias Uno, "Habló abogado contactado de la DEA para tratar de comprar fallo en la JEP", 28 de agosto de 2022. Disponible en: https://www.noticiasuno.com/nacional/

hablo-abogado-contactado-de-la-dea-para-tratar-de-comprar-fallo-en-la-jep/.

Naciones Unidas, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Observaciones preliminares de la experta internacional en derechos humanos: Antonia Urrejola, 2023. Disponible en: https://www.hchr.org.co/comunicados/observaciones-preliminares-de-la-experta-internacional-en-derechos-humanos-antonia-urrejola/.

Naciones Unidas, Consejo de Derechos Humanos, "Asistencia técnica y fomento de la capacidad en Colombia. Informe de la Experta Internacional en Derechos Humanos", A/HRC/55/18. 20 de marzo de 2024.

Orozco Tascón, Cecilia, "Tres conspiraciones (¿criminales?) contra la JEP", *El Espectador*, 15 de diciembre de 2020. Disponible en: https://www.elespectador.com/opinion/tres-conspiraciones-criminales-contra-la-jep/.

Orozco Tascón, Cecilia, "¿Tumbaron al hombre que entregó a Santrich?", *El Espectador,* 30 de enero de 2024. Disponible en: https://www.elespectador.com/opinion/columnistas/cecilia-orozco-tascon/tumbaron-al-hombre-que-entrego-a-santrich/.

Portafolio, "Jesús Santrich se posesiona como Representante a la Cámara", 11 de junio de 2019. Disponible en: https://acortar.link/HdRny2.

Presidencia de la República de Colombia, *Declaración del Presidente Santos y del Fiscal General de la Nación*, 2018. Disponible en: https://www.youtube.com/watch?v=zw001IfunYk.

Revista *Semana*, "'No le respondo a gente que está en la cárcel': fiscal general sobre Santrich", 29 de octubre de 2018. Disponible en: https://www.semana.com/nacion/articulo/no-le-respondo-a-gente-que-esta-en-la-carcel-fiscal-general-sobre-santrich/588740/.

Revista *Semana*, "La inoportuna llamada del Fiscal", 14 de noviembre de 2018. Disponible en: https://www.semana.com/llamada-yamhure-a-nestor-humberto-martinez-durante-entrevista-en-caracol/590733/.

Revista *Semana*, "La historia detrás de la operación encubierta", 10 de marzo de 2019. Disponible en: https://www.semana.com/nacion/articulo/captura-de-carlos-bermeo-afectara-a-santrich-y-la-jep/604828/.

Revista *Semana*, "Julián Bermeo, el exfiscal de la JEP que 'vendió su alma' para entorpecer la extradición de Jesús Santrich", 9 de septiembre de 2022. Disponible en: https://www.semana.com/nacion/articulo/julian-bermeo-el-exfiscal-de-la-jep-que-vendio-su-alma-para-entorpecer-la-extradicion-de-jesus-santrich/202246/.

Verdad Abierta, "La línea directa entre Carlos Castaño y Ernesto Yamhure", 31 de agosto de 2011. Disponible en: https://verdadabierta.com/la-linea-directa-entre-carlos-castano-y-ernesto-yamhure/.

W Radio, "Néstor H. Martínez a Comisión de la Verdad por Santrich: 'propongo Tribunal de Honor'", 23 de agosto de 2022. Disponible en: https://www.wradio.com.co/2022/08/23/nestor-h-martinez-a-comision-de-la-verdad-por-santrich-propongo-tribunal-de-honor/.

Jurisprudencia

Comisión Seccional de Disciplina Judicial de Bogotá, Auto que desestima de plano, Rad. 11001250200020230130900, 28 de marzo de 2023.

Corte Distrital de los Estados Unidos para el Distrito Sur de Nueva York, Indictment 18.CRIM.262, 4 de abril de 2018.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia 14985-2017, 20 de septiembre de 2017, Rad. 50366.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Auto AP-19892019 (55395), 29 de mayo de 2019.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia SP4238-2021, 22 septiembre de 2021, Rad. 58625.

JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA-289 de 13 de septiembre de 2019.

JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA-273 de 28 de noviembre de 2019.

JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Revisión, Auto SRT-AE-077 de 30 de noviembre de 2018.

JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Revisión, Auto SRT-AE-078 de 5 de diciembre de 2018.

JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Revisión, Auto SRT-AE-007 de 21 de enero de 2019.

JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Revisión, Auto SRT-AE-008 de 21 de enero de 2019.

Juzgado Noveno Penal del Circuito Especializado de Bogotá, Sentencia condenatoria proferida en contra de Luis Alberto Gil, 29 de junio de 2021.

Tribunal Superior del Distrito de Bogotá, Sala Penal, Sentencia condenatoria en contra de Carlos Julián Bermeo Casas, 9 de septiembre de 2022, Rad. 11001600000020190286700.

17

El reto conceptual en la Jurisdicción Especial para la Paz. La evolución de la jurisprudencia de la Sección de Apelación del Tribunal para la Paz (junio de 2021-mayo de 2023)*

‹**DANILO ROJAS BETANCOURTH**› Magistrado de la Sección de Apelación

Resumen: Este artículo muestra el desarrollo, las dificultades y los retos de la jurisprudencia transicional: 1) el presupuesto personal de competencia y la comparecencia de miembros de grupos paramilitares, en una imbricación de ambas cuestiones con: a) los integrantes de facto de la Fuerza Pública, b) los sujetos funcional y materialmente incorporados a la Fuerza Pública, y c) la facultad de la Sala de Amnistía o Indulto para incorporar personas en los listados de acreditados administrativamente como exintegrantes de las FARC-EP; 2) el presupuesto material de competencia, 3) el régimen de condicionalidad, y 4) las particularidades adjetivas sobre la participación y reparación administrativa de las víctimas. Hay tres temas adicionales: 5) la suspensión de actuaciones ordinarias, 6) las medidas cautelares, y 7) aspectos relevantes sobre algunos de los mecanismos transicionales para el impulso y la definición de la situación jurídica.

Palabras clave: jurisprudencia transicional; presupuesto personal de competencia; presupuesto material de competencia; régimen de condicionalidad; víctimas ante la JEP; suspensión de actuaciones ordinarias; medidas cautelares.

Abstract: This article shows the development, difficulties and challenges of transitional jurisprudence: (1) the personal factor of competence and the appearance of members of paramilitary groups, in an overlapping of both issues with the matters discussed here: (a) the de facto members of the Public Force, (b) the subjects functionally and materially incorporated into the Public Force, and (c) the powers of the Amnesty or Pardon Chamber to include people on the lists of those who are administratively accredited as former members of the FARC-EP; (2) the material factor of competence, (3) the conditionality regime, and (4) the procedural particularities regarding the participation and administrative reparation of victims. There are three additional topics: 5) the suspension of ordinary proceedings, (6) precautionary measures; and (7) relevant aspects regarding some of the transitional mechanisms for promoting and defining the legal situation.

Keywords: Transitional jurisprudence; the personal factor of competence; the material factor of competence; conditionality regimen; victims in JEP; suspension of ordinary proceedings; cautions, precautionary measures.

* Este trabajo fue realizado a varias manos con los integrantes de mi despacho en la Sección de Apelación de la JEP: María Paula Gómez, Alejandro Cantillo, Luz Mary Castiblanco, Mauricio Díaz, Antonio Franco, Edward Álvarez, Camila Suárez, Claudia Alvarado, Diego Gómez y Krishna Gómez.

VOLVER A TABLA DE CONTENIDO

Introducción

La coherencia y consistencia conceptual son desafíos constantes en la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP). La Sección de Apelación del Tribunal para la Paz (SA) continúa en el ejercicio de sus atribuciones jurisdiccionales para cumplir con su misión constitucional: garantizar la doble instancia en las actuaciones transicionales, pero, sobre todo, hacerse cargo del reto hermenéutico encomendado especialmente a ella, como órgano de cierre de la Jurisdicción en esta materia. En las ediciones previas de este artículo se enfatizó que el legislador atribuyó múltiples herramientas decisionales a la SA: unas asociadas a casos concretos y otras con mayor nivel de abstracción y carácter impersonal, para acometer esos trascendentales objetivos. La actividad de la SA desde la entrada en operación de la JEP y hasta ahora, no solo es tangible en términos cuantitativos: ya pasa por los más de mil autos, trescientas sentencias y cinco sentencias interpretativas (Senit) en este periodo; también lo es, sobre todo, por su alcance y complejidad conceptual, asociada al imperativo de que la interpretación del derecho transicional continúe unificada en la mayor medida posible y que garantice así la seguridad jurídica. Y ello no solo porque los criterios afirmados por la SA, como los de cualquier otra autoridad judicial, deben tener idealmente coherencia interna, sino porque, debido a que esas tesis y parámetros, en tanto emanados del operador jurídico de la última instancia hermenéutica y en el contexto de la estricta temporalidad, tienen la vocación de guiar e incorporarse de inmediato en el haber decisional de todos los órganos de la JEP, e incluso pueden impactar en el relacionamiento institucional con otras autoridades del Estado.

La novedad y originalidad de la JEP y de las normas de la transición son aspectos que, pasado el quinto año de operación y a futuro, deberían considerarse cada vez menos como justificantes de la complejidad en la actividad jurisdiccional. Sin embargo, todo ello no significa que el desafío conceptual para la SA sea progresivamente menor o una labor de poca envergadura. No puede perderse de vista que el ordenamiento jurídico transicional, en tanto conformado por reglas, principios y definiciones conceptuales derivadas, está en constante evolución. Así lo atestigua la construcción de la jurisprudencia transicional, que es una ciencia y empresa racional. La fijación de premisas normativas aceptables y persuasivas para la resolución de los asuntos en la JEP se hace cada vez más compleja y exigente, no solo debido a la indeterminación o ambigüedad de las disposiciones positivas frente a ciertos supuestos de hecho y a los retos que suponen los asuntos con novedades fácticas, sino por la potencialidad (y por la urgencia asociada a la estricta temporalidad) de extender a otros casos las reglas que se afirman como premisas de las determinaciones judiciales. No está de más recordar que las definiciones conceptuales solo son pertinentes si pueden incorporarse en un escenario de subsunción normativa, y si son realmente aspectos

claves, es decir, con efectos prácticos. Cualquier esfuerzo que carezca de esas características, incurre en esencialismo conceptual y ha debido evitarse por la SA.

El despliegue conceptual del órgano de cierre hermenéutico de la JEP hasta ahora puede encuadrarse en al menos tres etapas, las cuales coinciden, en esencia, con el número de volúmenes de este trabajo colectivo y con la manera en la que en ellos se ha presentado la labor interpretativa efectuada. En la primera, al inicio de su operación y con una legislación incipiente e incompleta, la SA fijó jurisprudencia nueva e inicial sobre algunos puntos neurálgicos que debió tratar. La versión inaugural de este artículo, publicado en marzo de 2020, fue entonces una muestra de ese primer ejercicio jurisdiccional. En el segundo periodo, la SA desarrolló muchos otros temas claves, pero centró su atención en verificar la operatividad y solidez de los criterios que estimaba todavía –y aún son– fundamentales, bajo el entendido de que cualquier tesis decisional solo debe mantenerse si ofrece respuestas adecuadas a los asuntos tratados, aun cuando estos incorporen particularidades fácticas que previamente no se habían considerado. En este tiempo, además, la SA realizó su labor –y así se describió en la segunda versión de este texto, puesta en conocimiento del público en agosto de 2022– a partir de fuentes normativas más consolidadas (*i.e.* ya en aplicación de lo establecido en la Ley 1957 de 2019, Estatutaria de Administración de Justicia para la JEP [Lejep], que finalmente entró en vigencia en junio de 2019) y de otras novedades en materia de hechos de los casos que llegaron para su conocimiento. En la tercera etapa, en la que se incluye el desarrollo conceptual que se presentará en esta oportunidad, se mantienen las características principales del segundo interregno, pues la jurisprudencia transicional ha desarrollado aún más los aspectos que todavía estima como principales, sin perjuicio de que ha debido tratar y precisar muchos otros tópicos para responder a las necesidades, los problemas y las realidades observadas en la práctica judicial e, incluso, a nivel social. Prueba de todo lo anterior, y de la profusión jurisprudencial en este periodo, es que la SA ha debido dictar nuevos pronunciamientos interpretativos sobre distintos asuntos, y también ha revisado la funcionalidad de sus tesis iniciales. Las dificultades advertidas han exigido nuevas respuestas o, al menos, han puesto a prueba la eficacia de los criterios decisionales previamente afirmados.

Pero en este último tiempo también confluyen otras circunstancias que dotan de especialidad los esfuerzos hermenéuticos efectuados: la mayoría de los procedimientos transicionales acuñados en la legislación ya se han aplicado, y las demandas de justicia se hacen cada vez mayores e inminentes. Las autoridades judiciales han desplegado integralmente sus competencias y se han activado ante ellas todos los trámites que son posibles en el componente judicial, lo que ha suscitado nuevos desafíos conceptuales. Se trata de un periodo en el que la JEP se acerca decididamente a la definición de la situación jurídica de los

comparecientes, pero en el cual, además, deberá adoptar determinaciones que otorguen plena seguridad jurídica y que respondan, en la medida de lo posible y en el marco de sus atribuciones legales específicas, a las exigencias de las víctimas.

Así las cosas, este artículo se procura abordar, como resumen y testimonio de evolución, los temas que para la SA siguen siendo esenciales y los productos hermenéuticos que se relacionan o son derivados de ellos. Revisitar esos tópicos es siempre pertinente, máxime si se trata de rendir cuentas acerca de la empresa racional que supone la construcción jurisprudencial y en el contexto de una institución pensada para la transición y vinculada, por ello, a la estricta temporalidad. También es la oportunidad para mostrar otras cuestiones que han sido transversales a toda la operación de la JEP y que, sin perjuicio de otras problemáticas especiales, son una buena muestra de los retos conceptuales a los que se ha enfrentado recurrentemente esta justicia transicional.

Como en las ocasiones anteriores, se espera que los temas tratados puedan leerse de forma independiente –sin que se afecte la relación sustantiva existente entre ellos– y que tengan el contenido propicio para una lectura fluida y útil. Se muestra entonces el avance de los aspectos centrales de las ediciones previas. En primer lugar, se vuelve sobre el presupuesto personal de competencia y la comparecencia de integrantes de grupos paramilitares en la JEP. Allí se presenta el avance conceptual en relación con dos nuevas categorías de posibles comparecientes ante la Jurisdicción: integrantes *de facto* de la Fuerza Pública y sujetos funcional y materialmente incorporados a la misma institución. También se comenta la labor hermenéutica realizada respecto de la facultad excepcional de la Sala de Amnistía o Indulto (SAI) para incorporar a personas en los listados de excombatientes de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia - Ejército del Pueblo (FARC-EP) acreditados ante la Oficina del Alto Comisionado para la Paz (OACP). El segundo acápite comprende un reexamen y actualización de cuestiones conceptuales asociadas al presupuesto material de competencia y a su aplicación concreta en función de otros desarrollos y figuras jurisprudenciales. El tercer punto vuelve sobre el régimen de condicionalidad (RC) en la JEP, y muestra lo precisado y profundizado en cada una de las dos facetas relacionadas en esta materia –proactiva y reactiva–, así como su carácter general o estricto. También se presenta lo relativo a las restricciones a comparecientes para viajar y salir del país. El cuarto apartado pone al día los múltiples aspectos relacionados con el desarrollo del principio de centralidad de las víctimas y, en particular, con su participación judicial y con las competencias relacionadas con el sistema integral de paz (SIP) frente a la reparación administrativa. Finalmente, los otros temas relevantes que se introducen ahora de forma autónoma como ejemplos de desarrollos conceptuales son: la suspensión de actuaciones ordinarias debido a la actividad de la JEP, las medidas cautelares y algunas de

las herramientas para el impulso o la definición de la situación jurídica en esta Jurisdicción Especial.

Presupuesto personal de competencia

En la versión anterior de este trabajo, incluida en el volumen II (2020-2021), se hizo una revisita y actualización general al tema de la acreditación del presupuesto personal de competencia para la concesión del beneficio de libertad condicionada. Se reexaminaron los supuestos legales de acreditación de este factor competencial establecidos en el ordenamiento jurídico transicional, el alcance de cada una de esas hipótesis legales, sobre todo de la cuarta –descrita en los artículos 17, 22 y 29 de la Ley 1820 de 2016–, y la forma específica de demostración probatoria de cada evento. Además, se trató lo previamente explicado sobre la aptitud demostrativa y los efectos de un certificado emanado del Comité Operativo para la Dejación de Armas (CODA), así como lo atinente al criterio jurisprudencial denominado *conexidad contributiva*, su aplicación como parámetro decisional en la SA y las dificultades para su observancia por parte de las autoridades judiciales de primera instancia en la JEP. También, se mostraron los desarrollos y productos jurisprudenciales efectuados hasta ese momento acerca de: 1) la eventual comunicabilidad del presupuesto personal de competencia entre distintos asuntos que comprometen al mismo compareciente y entre coautores de una misma conducta; 2) las consecuencias del retiro de los listados de excombatientes de las FARC-EP por parte de la OACP, el alcance de la competencia de esa entidad, y la potestad y los límites de la SAI para ordenar excepcionalmente a la OACP la incorporación de exintegrantes de las FARC-EP en los listados de personas acreditadas; 3) la forma en la que las autoridades judiciales transicionales, entre ellas la SA, debían proceder cuando la OACP aún no cumplía con su mandato de verificar los listados de las extintas FARC-EP. Aunque en un apartado distinto, en el trabajo anterior igualmente se analizó: 1) el tema del incumplimiento del presupuesto personal de competencia por parte de los integrantes de grupos paramilitares, así como lo relativo a la posibilidad de ingreso a la JEP de terceros civiles y agentes del Estado no integrantes de la Fuerza Pública que tuvieron vínculos con organizaciones de naturaleza paramilitar; 2) la situación de las personas que, antes o después de constituirse como combatientes paramilitares en estricto sentido, actuaron como terceros civiles vinculados con estructuras de ese tipo.

En muchos de los temas mencionados se han hecho precisiones jurisprudenciales importantes, que han tenido como causa dificultades en el entendimiento de las normas de la transición y novedades fácticas relevantes en los casos.[1] Sin

[1] Por ejemplo, a propósito de qué hacer cuando la OACP aún no cumple con su mandato –problemática que todavía persiste en el marco de la elaboración del presente artículo–, se han

embargo, más allá del breve recuento y las especificaciones ya realizadas, el propósito principal de este apartado no es abordar detalladamente cada una de ellas. Por la profusión jurisprudencial que caracteriza el periodo ahora analizado en este y en los otros temas que posteriormente se presentarán, se prefiere tratar en este apartado únicamente dos cuestiones relacionadas cuya relevancia –por sus efectos prácticos y en la lógica de evitar el esencialismo conceptual– está más que justificada. El primer tópico por examinar en esta oportunidad es el atinente a dos nuevas categorías de comparecientes ante la JEP que debieron ser definidas por parte de la SA: los integrantes *de facto* de la Fuerza Pública y los sujetos funcional y materialmente incorporados a esta. La segunda cuestión por mostrar, cuyo tratamiento jurisprudencial fue apenas esbozado en el documento previo, es el ulterior desarrollo y la nueva precisión jurisprudencial en relación con el alcance de la competencia de la SAI para ordenar a la OACP la inclusión de exintegrantes de las FARC-EP en los listados de personas acreditadas por esa entidad. Se hace, pues, la imbricación en un mismo apartado de dos temas que fueron tratados por separado en la edición anterior de este artículo, debido a que tienen que ver, en todo caso, con el presupuesto personal de competencia de la JEP.

Integrantes *de facto* de la Fuerza Pública y sujetos funcional y materialmente incorporados a la Fuerza Pública

Con arreglo a la normatividad vigente (Ley 1820 de 2016, arts. 3, 17 y 22; Acto Legislativo 01 de 2017, arts. 5, 16 y 17; Ley 1957 de 2019, art. 63), la SA ha

producido algunas novedades. En su jurisprudencia reciente, la SA ha procurado efectivizar el trámite gubernamental, pero también ha mostrado que esa circunstancia no debe ser óbice para adoptar decisiones sustantivas respecto de las actuaciones ordinarias en curso (en lugar de alentar su indefinición o parálisis). En el Auto TP-SA 1332 de 2023, pese a que confirmó la decisión de rechazo del caso por incumplimiento del presupuesto personal de competencia, precisó que, de producirse la acreditación sobreviniente por parte de la OACP, y en vista de que el interesado sostenía una tesis fáctica que podría eventualmente debatirse probatoriamente, estaría habilitado para presentar una nueva petición de beneficios transicionales, que debía tramitarse con prelación. Además, la SA estimó necesario ordenar a la OACP, la Presidencia y la Secretaría Ejecutiva de la JEP, que trazaran un plan de acción conjunto para procurar, mediante el despliegue de sus competencias específicas, la culminación, en el menor tiempo posible, de los trámites de acreditación pendientes. La idea de la SA fue que el plan respectivo se implementara y ejecutara cuanto antes y en su totalidad. En el Auto TP-SA 1493 de 2023, a pesar de que también se confirmó la decisión de primera instancia que se atuvo a lo previamente resuelto en cuanto al incumplimiento del presupuesto personal y material de competencia en el asunto del interesado, se dio cuenta de que todavía 282 personas se encontraban a la espera de que la OACP definiera su situación. Por tanto, se exhortó a esa entidad a que, en el marco del plan dispuesto en el Auto TP-SA 1332 de 2023, resolviera en el menor tiempo posible lo de su cargo; y a que, a través de la Presidencia y la Secretaría Ejecutiva de la JEP, presentara un informe trimestral de seguimiento a los avances de su labor. Está por verse, pues, si las determinaciones recientemente adoptadas por la SA rinden mejores frutos que las estrategias que emprendió en el pasado para tratar esta neurálgica situación.

sostenido de manera reiterada que la competencia personal de la JEP recae sobre las siguientes categorías de personas: 1) los integrantes y colaboradores de las extintas FARC-EP; 2) los agentes del Estado integrantes de la Fuerza Pública (AEIFPU); 3) los terceros civiles y, entre ellos, agentes del Estado no integrantes de la Fuerza Pública (AENIFPU); 4) las personas investigadas, procesadas o condenadas por conductas cometidas en el marco de la protesta social y disturbios públicos; 5) aquellos individuos que, aunque no se reconocen como integrantes de las FARC-EP, fueron procesados por hechos relacionados con este grupo insurgente. Sin embargo, en su reciente jurisprudencia, la SA ha acuñado dos categorías adicionales con el fin de caracterizar y describir apropiadamente el rol que algunas personas desempeñaron en el marco de la confrontación armada.

Los *integrantes de facto de la Fuerza Pública* no pertenecen formalmente a la fuerzas militares o a la Policía Nacional. Son AENIFPU que en la práctica han asumido, de hecho, las funciones de los cuerpos militares o de policía en el marco de los principios de continuidad y subordinación. Esto implica el ejercicio de tareas o actividades que, bajo las directrices de un mando unificado, tienen la potencialidad de otorgar una ventaja militar u operacional a la Fuerza Pública, y que se inscriben en la estrategia general de guerra de este actor armado. Esa calidad debe verificarse caso a caso, lo que hace necesario atender a la realidad de los hechos, especialmente cuando estos se inscriben en un contexto de macrocriminalidad. En estos eventos, debe analizarse cómo se inserta la actividad del sujeto en la lógica de la confrontación armada; qué tipo de aportes o contribuciones realizó, bien sea individualmente o en conjunto con otros, a la planeación, ejecución y encubrimiento de las conductas delictivas que hacen parte del mismo patrón, y si estas acciones responden de manera directa o indirecta a políticas institucionales explícitas o implícitas, órdenes, directrices o instrucciones de los niveles superiores de la organización a la que pertenece o con la que colabora.

La prueba de que un AENIFPU actuó como integrante *de facto* de la Fuerza Pública tiene importantes consecuencias de cara a la aceptación de su sometimiento a la JEP y del acceso a beneficios transicionales. La principal es que debe ser tratado como un AEIFPU, lo que implica que su ingreso a esta Jurisdicción no está condicionado a la presentación y aceptación preliminar de un CCCP, sino a la verificación del cumplimiento de los factores competenciales, y que puede obtener los beneficios provisionales establecidos para este tipo de comparecientes.

La noción de integrante de *facto* de la Fuerza Pública fue acuñada por primera vez en el Auto TP-SA 913 de 2021. En esta oportunidad, la SA conoció del caso de un antiguo integrante del Departamento Administrativo de Seguridad (DAS) que se oponía a ser tratado como un compareciente voluntario debido a que había actuado como "combatiente excepcional" del conflicto. La Sección reconoció que el concepto de "fuerzas armadas estatales", previsto en el derecho internacional humanitario (DIH), tiene un alcance amplio, pues incluye "a

los actores armados que, según el derecho interno no forman parte, obligatoriamente, de la noción de las fuerzas armadas, tales como los miembros de la Guardia Nacional, carabineros y fuerzas de Policía, siempre que, de hecho, asuman la función de las fuerzas armadas".[2] Por ello, aceptó que un miembro de un ente civil armado como el DAS pudiera ser considerado integrante de *facto* de la Fuerza Pública a condición de que demostrara que, en tal calidad, ejerció una función inscrita materialmente en el contexto de la guerra y al servicio de los intereses estratégicos de este actor armado.

Posteriormente, en los autos TP-SA 1063, TP-SA 1179 y TP-SA 1182 de 2022, la SA retomó este concepto para resolver sobre el sometimiento a la JEP y el acceso a beneficios transicionales de tres personas –un funcionario civil, adscrito a la Sección de Inteligencia de la Primera Brigada del Ejército Nacional, y dos antiguos integrantes del DAS– comprometidos en las muertes de varios civiles presentados ilegítimamente como bajas en combate por tropas del Ejército en los departamentos de Boyacá y Casanare. En los tres casos concluyó que, pese a que formalmente ostentaban la condición de AENIFPU, los interesados eran realmente integrantes de *facto* de la Fuerza Pública, dado que habían cumplido de manera continua y bajo las directrices de un mando unificado tareas que resultaron determinantes para el planeamiento, la ejecución y el encubrimiento de los hechos delictivos.

En relación con los sujetos funcional y materialmente incorporados a la Fuerza Pública, es jurisprudencia reiterada de la SA que los integrantes de grupos paramilitares no están sujetos a la competencia personal de la JEP.[3] De ahí que, en principio, las solicitudes de sometimiento de los combatientes de organizaciones de naturaleza paramilitar deban ser rechazadas, a menos que demuestren que antes o después de su vinculación o integración a la estructura armada detentaron la calidad de terceros civiles y que, en ejercicio de ese rol, actuaron como fundadores, patrocinadores, financiadores o promotores del paramilitarismo.[4]

En aplicación de esta regla, la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas (SDSJ) rechazó el sometimiento a la JEP de Salvatore Mancuso. En criterio de la Sala de Justicia, este individuo no había logrado probar que, en algún punto de su larga carrera delictiva, detentó la condición exclusiva de tercero civil. Por el contrario, toda la evidencia apuntaba a demostrar que siempre actuó como miembro orgánico de la estructura paramilitar. Por ello, al conocer del recurso de apelación interpuesto por Mancuso contra la decisión de la SDSJ, la SA tuvo

[2] Nils Melzer, *Guía para interpretar la noción de participación directa en las hostilidades según el Derecho Internacional Humanitario*, Ginebra, Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), 2020, p. 33.

[3] En JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 199 de 2019, la SA sintetizó y reiteró las razones por las que no pueden comparecer.

[4] JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 565 de 2020.

que establecer si esta persona podía comparecer a la JEP en una calidad personal distinta a la de tercero civil. En concreto, si podía ser considerado integrante *de facto* de la Fuerza Pública, tal como lo aducía el propio recurrente, o si se trataba, más bien, dada la realidad fáctica y normativa que explica el surgimiento y fortalecimiento del fenómeno paramilitar en Colombia, de un *sujeto funcional y materialmente incorporado a la Fuerza Pública*.

En respuesta a la primera cuestión, en el Auto TP-SA 1186 de 2022, la SA precisó que el comandante paramilitar Mancuso no podía ser tratado como integrante *de facto* de la Fuerza Pública, dado que no cumplía con los requisitos jurisprudencialmente exigidos para ello: ejercer como AEIFPU en condiciones de continuidad y subordinación. En vista de ello, la SA tuvo que recurrir a una categoría jurídica distinta que eventualmente habilitara su ingreso a la JEP, con el fin de explicar y comprender una realidad inocultable del conflicto armado: la victimización sufrida por amplios sectores de la población civil a manos de un aparato criminal integrado por estructuras paramilitares y miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía que facilitaron o promovieron su creación, expansión y fortalecimiento.

Esta denominación pretende dar cuenta del hecho de que los comandantes paramilitares, esto es, las personas situadas en el vértice o la cúspide de la organización criminal, se incorporaron funcional y materialmente a la Fuerza Pública. Esto porque, sin estar jurídicamente legitimados para ello, se arrogaron, con el consentimiento, la aquiescencia o tolerancia de servidores públicos, poderes propios del Estado, en especial en materia de seguridad. Así se les permitió desplegar acciones ofensivas y militares de carácter antisubversivo, pero también ejercer control social y territorial, y dominar las rentas legales e ilegales, incluidas las derivadas del narcotráfico.

Competencia de la SAI para ordenar a la OACP
la inclusión y acreditación de exintegrantes de las FARC-EP

En la edición previa de este artículo se describió que, según la jurisprudencia de la SA, las decisiones de exclusión o de descertificación de personas por parte de la OACP, incluso de quienes fueron inicialmente verificadas por esa entidad, tenían plenos efectos de cara al (in)cumplimiento del presupuesto personal de competencia en la JEP, si la presunción de legalidad de esos actos no se había desvirtuado ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, y si se produjeron antes de la entrada en operación de la JEP o, más bien, con antelación a que se conoció el texto completo de la Sentencia C-080 de 2018 de la Corte Constitucional. Se dijo, asimismo, que ya era claro para ese momento que a la JEP –y en particular a la SAI– le correspondía privativamente decidir sobre la incorporación excepcional de personas en los listados de sujetos acreditados por la OACP, de acuerdo con la Ley 1957 de 2019.

Desde la Sentencia C-080 de 2018 de la Corte Constitucional, es claro entonces que la SAI es la única que tiene la potestad de ordenar la incorporación de exintegrantes de las FARC-EP en los listados oficiales. La OACP conserva, esto sí, la facultad de verificar los nombres previamente entregados con esa finalidad por los delegados de la extinta guerrilla, pero no puede enlistar nuevos individuos. Así lo afirmó la SA en la Sentencia TP-SA 144 de 2019,[5] luego de analizar la jurisprudencia constitucional y de realizar un estudio inicial del artículo 63 de la Ley 1957 de 2019. En esa oportunidad, la SA también indicó que la facultad de la autoridad judicial transicional tenía límites evidentes o, más bien, que quedó circunscrita jurídicamente. Esto porque su poder jurisdiccional en esta materia se relacionaba con las personas que la OACP no acreditó por motivos de fuerza mayor, pero a condición adicional de que hubieran sido incluidas en las listas elaboradas y presentadas por la extinta organización guerrillera, y de que no se les excluyera de ellas por decisión del miembro representante de ese grupo, dentro del ejercicio de sus competencias.

La novedad fáctica de un asunto llevó posteriormente a que se hicieran precisiones hermenéuticas claves en esta materia. En el Auto TP-SA 1355 de 2023, la SA se preguntó por los efectos de una sentencia ejecutoriada en la que se declaraba con claridad la pertenencia a las FARC-EP de la persona interesada. Concluyó que esa circunstancia, de acuerdo con el ordenamiento jurídico transicional, tenía la misma fuerza demostrativa que la acreditación formal emanada de la OACP. Por tanto, determinó que no era condición necesaria o excluyente, a fin de que la SAI ejerciera su facultad, que el nombre del individuo concernido se hubiera incorporado en las listas presentadas por las extintas FARC-EP al Gobierno nacional.[6] Se estimó que las personas que pertenecieron a la desmovilizada guerrilla tenían derecho a los beneficios transicionales instituidos (incluidos los programas estatales de reincorporación), incluso si no fueron enlistados por el grupo subversivo, pero indudablemente sí lo integraron. La SA aclaró que, en cualquier caso, debía constatarse, también, que el sujeto concernido no fue incorporado por fuerza mayor en los listados de acreditados por parte de la OACP.

Presupuesto material de competencia

Los aspectos relativos al factor material, es decir, acerca de la relación de las conductas delictivas con el conflicto armado no internacional colombiano (CANI), se mantienen en lo esencial, en particular, los criterios de la SA relativos a: 1) la necesidad de interpretar de forma amplia el CANI, dado que es un

[5] Las consideraciones contenidas en este pronunciamiento fueron reiteradas en JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, autos TP-SA 605 de 2020, TP-SA 1087 y TP-SA 1270 de 2022; entre otros.

[6] Esta tesis se ha reiterado en JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, autos TP-SA 1362, TP-SA 1383 y TP-SA 1392 de 2023; entre otras providencias.

fenómeno complejo y multicausal; 2) el alcance comprehensivo de las expresiones "con causa" y "en relación directa o indirecta", contempladas en el Acto Legislativo 01 de 2017 y en la Ley 1957 de 2019 para explicar la aplicación de este requisito sustancial.[7] Estos aspectos configuran una dogmática decantada y son referentes no solo en la Sección, sino también ante las otras autoridades judiciales transicionales.

En la edición anterior de este artículo se optó por mostrar la profusión jurisprudencial en este tema (y en el periodo analizado) mediante la descripción de algunos desarrollos novedosos: la conexidad de las conductas con el conflicto armado, la incidencia de la acreditación del presupuesto personal para la demostración del material, y el cumplimiento del ámbito de aplicación material cuando la conducta se cometía en colaboración con grupos paramilitares. En esta oportunidad interesa indicar que la SA volvió sobre el entendimiento de dos aspectos importantes relativos al factor material de competencia: los niveles de intensidad y, por consiguiente, las figuras del *rechazo de plano* y la *inadmisión por incompetencia* asociadas a este presupuesto competencial. Estos ajustes hermenéuticos se derivan, principalmente, de lo considerado por la SA en la Sentencia Interpretativa TP-SA Senit 3 de 2022 y en el Auto TP-SA 1434 de 2023.

En el caso de los niveles de intensidad, en el Auto TP-SA 1434 de 2023 se revisó el uso de las expresiones de "inferencia razonable" en la etapa inicial, "aceptable grado de persuasión" en la intermedia e "hipótesis sustancialmente mejor probada" en la definitiva, para los efectos del estándar probatorio que compone dicha dogmática. Este ejercicio se hizo, particularmente, porque la expresión "hipótesis sustancialmente mejor probada" generaba cierta ambigüedad al momento de abordar los casos en cuestión, pues, en realidad, en los tres estadios de análisis se trataba de tener una tesis fáctica mejor probada que otra. Por ejemplo, en el primer estándar había una hipótesis que implicaba una inferencia no razonable y, en el segundo, una poco o nada persuasiva. Pero en el tercer estándar se yuxtaponía la mención de la hipótesis con el nombre de este, lo que dificultaba su aplicación práctica. Por ello, la SA consideró que el último estándar hacía referencia a una "alta convicción"[8] y determinó que la hipótesis mejor probada era aquella que conducía al juez transicional a un alto convencimiento acerca de la existencia de la relación entre la conducta y el CANI, sin que la autoridad se encontrara necesariamente "más allá de toda duda razonable",[9] o incluso cuando el caso se hubiera construido sobre una hipótesis única.

---

7 Algunos autos iniciales son claves en esta materia: JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, autos TP-SA 19 de 2018 y TP-SA 171 de 2019.

8 En JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Sentencia TP-SA 143 de 2019, párrafo 16, se habló de "un nivel muy superior de persuasión".

9 En JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Sentencia TP-SA 143, cit., párrafo 17, se indicó: "Podrían, en efecto, presentarse casos en los que, a pesar de la satisfacción del estándar

La SA ajustó entonces la denominación del estándar de valoración como *razonable* –nivel bajo–, *persuasivo* –medio– y *convincente* –alto–. De ese modo, se podría escoger aquella tesis fáctica que resultara más *razonable* (que otra), más *persuasiva* (que otra)[10] o más *convincente* (que otra).[11] Y en cualquiera de los tres casos, la hipótesis escogida debería ser la mejor probada, según el estadio procesal en que se encontrara la actuación y la cantidad/calidad de las pruebas recaudadas hasta el momento. Lo anterior, sin perjuicio de que, en aquellos casos donde ambas hipótesis resultaran plausibles en igual o similar medida, el juez transicional podía ampliar la información para esclarecer los hechos.

En el marco de las definiciones conceptuales previas, ampliamente utilizadas en la JEP, se había dicho que, para que procediera el *rechazo de plano* o la *inadmisión por incompetencia*, se requería que la hipótesis de la ausencia de relación de los hechos con el CANI se impusiera de manera contundente o que fuera la única posible.[12] La precisión hermenéutica realizada en este punto fue que la formulación en este supuesto debía ser, más bien, que en el asunto en cuestión no era posible inferir razonablemente el cumplimiento del factor material de competencia. Dado que esta nueva expresión resultaba más adecuada al acompasarse mejor con los estándares probatorios fijados para la acreditación del factor material de competencia, la SA la consolidó como el nuevo entendimiento para efectos de aplicar las referidas figuras de conclusión anticipada de los trámites transicionales. Así, la justificación de las decisiones de rechazo o inadmisión debía fundarse en la imposibilidad de inferir razonablemente el vínculo entre la conducta y el CANI, 1) bien porque, de entrada, nada indicaba la relación de los hechos con el conflicto; 2) o bien debido a que, habiendo elementos que señalaban dicha relación, estos quedaban desvirtuados en el marco de un análisis probatorio razonado y acorde a la respectiva etapa del trámite. También debía tenerse en cuenta que, en un primer momento en el desarrollo jurisprudencial de la SA, se afirmó que las decisiones de rechazo o inadmisión procedían en los casos de ostensible incompetencia de la JEP,[13] lo cual dio lugar a pensar que solo estaban justificadas cuando dicha incompetencia saltaba a la vista. Sin embargo, la práctica judicial mostró que la ausencia del factor material podía verificarse con claridad a partir de una evaluación razonable de las pruebas recaudadas, de modo que, pese a no ser ostensible porque saltaba a la

---

más alto, persista algún asomo de duda".

10 JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Sentencia TP-SA 269 de 2021, párrafo 11.2.

11 JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, sentencias TP-SA 143 de 2019, párrafo 16 y TP-SA 269 de 2021, párrafo 11.2.

12 JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 1361 de 2023, párrafos 11 y 12.

13 JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 073 de 2018, párrafo 25: "si una persona que acude a la JEP no satisface el contenido normativo indicado, es perfectamente plausible que el magistrado sustanciador, *in limine*, y en casos de peticiones abiertamente infundadas y en las que a todas luces la JEP carece de competencia […] ordene no avocar conocimiento".

vista, sí lo era en tanto "puede manifestarse o mostrarse" con claridad, en el marco de un análisis razonado de los medios de convicción.

Régimen de condicionalidad

En la versión anterior de este artículo se mostraron múltiples desarrollos jurisprudenciales en esta materia. Se tuvo en cuenta para ello, sobre todo, el ejercicio desplegado por la SA en la Sentencia Interpretativa TP-SA Senit 1 de 2019, pues marcó un hito fundamental en la comprensión del RC, condición inherente al disfrute de cualquier beneficio transitorio o definitivo, pues todo tratamiento judicial de la transición, incluido el ingreso a la JEP, debe llevar aparejado una contraprestación por parte del beneficiario. Los desarrollos conceptuales más importantes en materia del RC que entonces se presentaron fueron los relacionados con: 1) los múltiples aspectos sustantivos y procedimentales del CCCP, incluido en este el *pactum veritatis*; 2) el formulario o formato F1; 3) el acta de compromiso; 4) los aportes a la verdad (AV) y a la verdad plena (AVP); 5) el juicio de prevalencia jurisdiccional (JPJ), y 6) la deserción armada manifiesta (DA).

En este nuevo periodo, el trabajo hermenéutico tuvo como base las sentencias interpretativas TP-SA Senit 4 y TP-SA Senit 5 de 2023. La conceptualización del RC que se expresó en esos pronunciamientos es, en general, que "se refiere al conjunto de obligaciones en cabeza de la persona que concurra a la Jurisdicción, independientemente de la existencia o no de una providencia judicial, ya se trate de comparecientes obligatorios o voluntarios".[14] Para propiciar una visión más general y un mejor entendimiento del tema, en estas dos sentencias se reiteró y profundizó lo mencionado desde la sentencia interpretativa TP-SA Senit 1 de 2019: que el RC tiene dos facetas. La primera es la positiva o proactiva, que consiste en la realización de la condicionalidad general en perspectiva de hacer, es decir, por un lado, la vigilancia que efectúa el operador jurídico respecto de las actividades de los comparecientes y de las exigencias que se les deben hacer; por el otro, el plan de aportaciones o contribuciones reales y verificables que avancen los derechos de las víctimas desde el momento en el que las personas comparecen o, en el caso de terceros, a partir de que aspiran a comparecer; y, con mayor razón, desde que obtienen o pretenden acceder a beneficios transicionales. La segunda faceta es la negativa o reactiva, que exige a la autoridad judicial una labor de verificación y corrección ante presuntos o probados incumplimientos al cúmulo obligacional del RC.

Sobre la faceta proactiva del RC, se mostrarán a continuación los avances y las dificultades interpretativas acerca de cuál debe ser el contenido sustantivo específico de las aportaciones y actuaciones esperadas por parte de los

[14] Véase, en particular, JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Sentencia Interpretativa TP-SA Senit 5 de 2023, párrafo 43.

comparecientes o aspirantes a comparecer, y el nivel de exigencia aplicable en ese ámbito –general o estricto– en cuanto a la satisfacción de los derechos de las víctimas. En relación con la segunda faceta, se referirán los múltiples instrumentos asociados, sobre todo lo relacionado con su alcance y operatividad. Por último, se presentarán algunas vicisitudes conceptuales de las que la SA ha debido ocuparse frente a los pronunciamientos judiciales sobre restricciones a los comparecientes para viajar y salir del país.

Faceta proactiva del RC

El RC es gradual y progresivo para optimizar el principio de centralidad de las víctimas y la transición hacia la paz con restablecimiento del tejido social gravemente dañado por años de confrontación armada. Definir el contenido de las finalidades del Acuerdo Final de Paz (AFP) ha sido objeto de estudio en la labor de cierre hermenéutico que cumple la SA.

a) Contenido del RC en materia de verdad

Con apoyo en el ordenamiento jurídico, la SA ha establecido diferentes instrumentos para materializar el aporte a la verdad: audiencias únicas, versiones voluntarias, suscripción de actas y formularios, así como también presentación de compromisos y planes de aportaciones, según el momento procesal.

Independientemente del momento procesal o del instrumento de aportes de que se trate, es trascendental el interrogante relacionado con el nivel de verdad que debe efectivizarse, bajo el concepto de "umbral de verdad". La persona concernida en la comparecencia ante la JEP, y que pretende el otorgamiento de tratamientos especiales, con sus aportes de verdad debe superar el "umbral" de lo que respecto a unos hechos delictivos concretos ha sido alcanzado en la jurisdicción penal ordinaria, bien sea por la revelación de nuevos hechos, por la aceptación de responsabilidad no determinada aún ante los jueces ordinarios, o por la contribución acerca de la determinación de responsabilidad de otras personas responsables o la develación de patrones de criminalidad, siempre con la mira puesta mayormente en los casos más graves y representativos.

En este mismo sentido, la SA afirmó que no es admisible el sometimiento a la JEP de una persona cuyas propuestas en verdad supongan desandar lo ya avanzado en las instancias ordinarias.[15] Los comparecientes obligatorios o voluntarios están normativamente compelidos a exhibir, desde el principio, una disposición proactiva en la revelación de hechos que sirvan para el avance de los procesos transicionales en la JEP, bien porque permiten identificar a personas que son o podrían ser responsables de situaciones de victimización, o porque tendrían información para determinar patrones de criminalidad o

[15] JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 1036 de 2022, párrafos 50-55.

victimización, o incluso porque posibilitarían establecer niveles de responsabilidad en relación con ello, todo lo cual debe ir más allá de lo previamente establecido en otras instancias.[16]

b) Contenido del RC en materia de aportes a la justicia

Los comparecientes están en la obligación de atender los requerimientos que les sean hechos por las instancias judiciales transicionales y a hacer aportes que sean eficaces para efectos de posibilitar el avance de los casos en la JEP, a tal punto que el otorgamiento de información de calidad o la realización de concesiones a favor de las víctimas puedan permitir, en la mayor medida posible, un logro de las finalidades del sistema, el estudio del caso de una forma más expedita y la dispensación de más beneficios para los comparecientes.[17] Asimismo, como se dijo, los comparecientes están en la obligación de mantener actitudes coherentes frente a las actividades de las autoridades transicionales, de tal forma que no pueden decir algo en la JEP y luego, ante otras instancias, hacer afirmaciones contradictorias.[18]

c) Contenido del RC en materia de aportes a la reparación y la no repetición

A los comparecientes ante la JEP les corresponde contribuir a la reparación integral de las víctimas, lo que es crucial en un esquema sometido a una estricta temporalidad. El Estado colombiano debe diseñar los programas de reparación a los que deben vincularse los comparecientes, y si se trata de un máximo responsable, los aportes a la JEP deben superar lo dicho en el CCCP, y pasar a la fase de aportes efectivos a la verdad plena, que puedan ser contrastados ante la SRVR.[19]

Sobre las garantías de no repetición, los comparecientes están en la obligación de formular, con acompañamiento de la instancia judicial y en diálogo con las víctimas, programas encaminados a la restitución del tejido social, dañado tanto por las actitudes particulares del compareciente como por el conflicto armado en general.

En materia de acciones afirmativas para concretar la reparación y la no repetición, la jurisprudencia también distinguió entre los comparecientes que aceptan responsabilidad y los que no.[20] Las personas que se consideran inocentes no están obligadas a formular propuestas de reparación, pero todos los comparecientes deben cumplir con una obligación concreta de abstenerse de incurrir en nuevos delitos, principalmente si se trata de conductas que puedan

---

16 JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 1160 de 2022, párrafos 53-58.

17 Como en líneas generales se dijo en JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 706 de 2021.

18 *Ibid*., párrafo 17.15.

19 JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 1036 de 2022, párrafo 76.

20 JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 1160 de 2022, párrafos 59-62.

generar un agravamiento de la situación de conflicto, en el entendido de que la vuelta a las armas es la violación más grave que se puede cometer contra el RC.

La jurisprudencia distingue entre personas que mantienen su presunción de inocencia, y aquellas que la tienen desvirtuada por ser condenadas en firme o que han aceptado responsabilidad. A su vez, frente a sujetos que alegan inocencia y no han sido vencidos en juicio, el aporte en temas de reparación y no repetición no va más allá de la obligación general de no incurrir en delitos que atenten contra los principios de la transición.

d) Los contenidos del RC se determinan en función de su carácter general o estricto

La jurisprudencia transicional ha fijado una distinción entre el RC general y el estricto, en función de los beneficios que pueden otorgarse a personas involucradas en los casos más graves y representativos, y teniendo en cuenta también el nivel de responsabilidad como máximos responsables, así como la vocación para ser sometidos a un trámite adversarial a través de la Unidad de Investigación y Acusación de la JEP (UIA). De acuerdo con la Senit 5 de 2023,[21] se les aplica un RC estricto a las personas que sean partícipes no determinantes en los hechos más graves y representativos, que inicialmente comparecieron a la JEP con una actitud de no aceptar responsabilidad, pero que después cambiaron su comportamiento procesal para encaminarlo al reconocimiento de responsabilidad, siempre que esto último se haya dado antes de que se profiriera una sentencia que resolviera de fondo sobre la responsabilidad.

Frente al RC general, definido en la jurisprudencia como aquel que es exigible a todos los comparecientes ante el componente judicial, y que está compuesto por la obligación de presentar un CCCP, suscribir las actas de sometimiento y comparecencia, rubricar y diligenciar el formulario F1, presentar el llamado *pactum veritatis* cuando, por ejemplo, se trata de comparecientes de la Fuerza Pública que cuentan con un periodo de privación de la libertad inferior a 5 años, atender todos los requerimientos que deban ser hechos por las instancias transicionales y, además, participar en las actividades relacionadas con la reparación de las víctimas y del tejido social.

El RC estricto, por su parte, ha sido definido por la jurisprudencia transicional como aquel que es exigible a comparecientes que hayan tenido participación en los crímenes más graves y representativos. Este RC exigiría el cumplimiento de aportes a la verdad plena, además de lo ya demandado en el RC general, y se asemeja, en cuanto al cumplimiento de labores de reparación y restitución, a las obligaciones que se establecen con las sanciones propias de la JEP (Senit 5 de 2023, párrafo 167).

[21] JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Senit 5 de 2023, párrafos 167 y ss.

La jurisprudencia aún tiene el desafío de definir claramente cuál debe ser el aporte de verdad que deben alcanzar los comparecientes ante el componente judicial y, además, debe desarrollar aún más la distinción entre lo estricto y lo general del RC. Las sentencias restaurativas sobre los máximos responsables serán el escenario adecuado para precisar en qué consisten las obligaciones de reparación, así como los contornos definitivos de los trabajos, las obras y acciones con contenido restaurativo y reparador (TOAR).

Faceta reactiva del RC

Como se dijo, este enfoque se presenta en escenarios de posible o probado incumplimiento del RC por parte de comparecientes voluntarios u obligatorios. Su finalidad es verificar y, de ser el caso, corregir aquellas falencias.[22] Esta faceta del RC incluye un catálogo de consecuencias que varían, desde la no aceptación del sometimiento, la no conservación de beneficios, hasta la expulsión de la JEP.[23]

La competencia judicial respecto de la faceta reactiva recae, a prevención, en la autoridad transicional que esté conociendo de un asunto. Tratándose concretamente de un incidente de incumplimiento del régimen de condicionalidad (IIRC), la competencia sigue en primera instancia la regla mencionada. Cuando más de un operador jurídico esté conociendo del caso, la competencia del IIRC recae en aquel que deba resolver de manera definitiva la situación jurídica de la persona. Respecto de las actuaciones ya tramitadas y concluidas en la JEP, pero que se relacionan con otras por resolverse, es competente la autoridad judicial que deba tener a cargo esos pendientes.[24] Cuando el operador jurídico es la Sección de Revisión (SR) o la SRVR, existe una variación en las reglas mencionadas. Si bien la SR se encarga de supervisar el RC, es la Sala de Justicia que concedió el beneficio la que debe conocer del asunto, salvo cuando la SR fue quien lo otorgó.[25] La SRVR, al tener como objetivo principal la instrucción de casos –no tanto así la definición de la situación de los comparecientes con el otorgamiento de beneficios– solo conocerá aquellos IIRC que ella misma abra. Sin embargo, la SRVR tendrá el deber de conceptuar en aquellos cuando sea requerida por otra autoridad en el marco de un IIRC.[26]

---

[22] JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, sentencias interpretativas TP-SA Senit 4 y TP-Senit 5 de 2023.

[23] JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 1349 de 2023, párrafo 48.

[24] JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Sentencia Interpretativa TP-SA Senit 4 de 2023, párrafo 74.

[25] Sobre esta posibilidad de que la SR conceda beneficios como la libertad condicionada, véase JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Sentencia Interpretativa TP-SA Senit 2 de 2019, párrafo 152.

[26] JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Sentencia Interpretativa TP-SA Senit 4 de 2023, párrafos 75-77.

La faceta reactiva del RC se ejerce por seis vías: 1) "*el rechazo* [o aplazamiento] *de la solicitud* [de sometimiento]", 2) "los mecanismos intraprocesales" (MIP), 3) la DA, 4) el JPJ, y 5) el IIRC.[27] Recorrer una u otra senda depende de criterios como el "tipo de compareciente, los beneficios recibidos, la etapa del trámite […], la gravedad de la falta, la posibilidad de corregirla y los elementos probatorios disponibles".[28]

El rechazo o aplazamiento de la decisión de sometimiento motivado en el RC se da cuando, verificado el cumplimiento de los factores de competencia de la JEP, se incumplen los compromisos mínimos del sometimiento –p. ej., falencias en los aportes a la verdad–. Es claro que, "[si no se evidencia un interés por cumplir los compromisos con el Sistema y] *no se ha admitido el sometimiento,* [entonces] *lo que procede no es la aplicación del juicio de prevalencia jurisdiccional, sino negar la comparecenci*a [de los voluntarios]".[29] El aplazamiento tiene lugar cuando la falencia puede ser subsanada.[30] En este supuesto se permite la concesión de beneficios, pero condicionados al ajuste respectivo. La continuidad de las prerrogativas dependerá del acatamiento de las obligaciones impuestas, pues el operador jurídico tiene el deber de revisar la condicionalidad antes de conceder tratamientos especiales transicionales, en especial cuando existan noticias de inobservancia del RC.[31]

Los MIP permiten sanear las falencias en el RC y, de ser el caso, condicionar el otorgamiento de tratamientos especiales.[32] Estos se determinan tras un ejercicio dialógico, inicialmente entre el interesado y la autoridad judicial transicional, del que surge un CCCP[33] o su equivalente. Esto sin perjuicio de que, en caso de un incumplimiento posterior del RC, se aplique el juicio de prevalencia jurisdiccional.[34] Por el contrario, cuando se evidencie la disposición de cumplimiento, resulta deseable ajustar el RC, incluso antes de acudir a medidas de mayor fuerza,[35]

---

[27] JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, sentencias interpretativas TP-SA Senit 4 de 2023, párrafos 136-142; y TP-SA Senit 5 de 2023, párrafo 171.

[28] JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Sentencia Interpretativa TP-SA Senit 4 de 2023, párrafo 124; JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 1446 de 2023, párrafo 12. Ver los autos TP-SA 1315 y TP-SA 1322 de 2022, y TP-SA 1334 de 2023, párrafo 13.

[29] JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 1319 de 2022, párrafo 16.9.

[30] JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Sentencia Interpretativa TP-SA Senit 4 de 2023, párrafo 137.

[31] JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 1349 de 2023, párrafos 46-50.

[32] JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Sentencia Interpretativa TP-SA Senit 4 de 2023, párrafo 138.

[33] JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 1216 de 2022, párrafo 29.

[34] Como sucede en escenarios de absoluto desinterés de quien acude a la JEP. Sobre este punto, véase JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 1319 de 2022.

[35] JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 1372 de 2023, párrafos 6, 40 y 41.

sin que ello implique sobrepasar una cantidad razonable de oportunidades de corrección.[36]

La DA[37] tiene lugar cuando un compareciente decide alzarse de nuevo en armas, "siempre y cuando el incumplimiento sea evidente y, como consecuencia de ello, resulte redundante adelantar un trámite incidental para comprobar lo que no requiere más prueba".[38] Este levantamiento bélico no solo se origina en la pertenencia a un grupo rebelde (DA propiamente dicha); también tiene lugar cuando la vinculación del compareciente es a un grupo delictivo que tiene un cierto nivel de organización (DA "simple"),[39] esto es, que "(i) hayan sido identificados; (ii) tengan un líder o cabecilla; (iii) obedezcan a un patrón de criminalidad; y, (iv) haya una clara distribución de roles o funciones entre sus miembros".[40] Quedan excluidos de la DA aquellos eventos de llana coparticipación o coautoría en otras conductas punibles.[41] La corroboración de la DA puede darse por un hecho notorio,[42] por la aceptación de la participación en la conducta –en el marco de un proceso penal[43] o ante la JEP–, o por sentencia penal ordinaria ejecutoriada[44] (tomando el adjetivo en todos estos casos de "manifiesta"). En los eventos en donde no se presenta ninguna de las circunstancias señaladas, se trata de una deserción "de hecho" y lo procedente ya no es la declaratoria, sino el inicio del IIRC.[45] Una de las consecuencias más importantes de la DA es

---

[36] JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 1319 de 2022, párrafo 16.6. En ese mismo sentido, véase JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 1216 de 2022, nota al pie 87. Allí se citan los autos TP-SA 667 de 2020, TP-SA 923 de 2021 y TP-SA 1064 de 2022. La SA también ha precisado que la cantidad de oportunidades no puede ser ilimitada. Véase JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, autos TP-SA 1178, TP-SA 1221 y TP-SA 1319 de 2022, párrafo 16.6.

[37] No debe confundirse con la comisión de cualquier otra conducta punible. En esos eventos debe adelantarse un IIRC.

[38] JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Sentencia Interpretativa TP-SA Senit 4 de 2023, párrafo 139.

[39] JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, autos TP-SA 1382 y TP-SA 1446 de 2023, en donde se reiteró el Auto TP-SA 1315 de 2022. En el Auto TP-SA 1446 de 2023 se refiere, a propósito del Auto TP-SA 1315 de 2022, que "en esa oportunidad, la Sección tenía que resolver si uno de sus comparecientes había desertado del proceso de paz por unirse a un grupo de delincuencia común organizada. Diferenció conceptualmente los dos tipos de deserción, aunque les reconoció los mismos efectos legales, y señaló que la persona era un desertor, a secas, porque el grupo al que se vinculó no tenía carácter rebelde" (párrafo 15 y nota al pie 18).

[40] JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 1334 de 2023, párrafo 14.

[41] JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Sentencia Interpretativa TP-SA Senit 4 de 2023, párrafo 139. Véase también JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 1136 de 2022, párrafo 29.

[42] JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 1264 de 2022.

[43] JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, autos TP-SA 1315 de 2022, párrafos 18, 19 y 23 y TP-SA 1334 de 2023, párrafo 17.

[44] JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 1414 de 2023, párrafo 20. Allí se retomaron los autos TP-SA 1084 de 2022 y TP-SA 1382 de 2023, párrafo 18.

[45] JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP SA 1382 de 2023, en concordancia con los autos TP-SA 1315 de 2022 y TP-SA 1446 de 2023.

la pérdida inmediata de competencia de la JEP, sin importar la etapa procesal en la que se encuentren los asuntos. Por tanto, la decisión de exclusión debe ser idealmente de ponente y de plano, sin ahondar en trámite alguno,[46] pues la jurisdicción y la competencia quedan inmediatamente sustraídas.

El JPJ ha sido una alternativa usada para evaluar los aportes a la verdad[47] y, con base en ello, determinar la permanencia de los asuntos de una persona en la JEP o la continuidad de sus beneficios.[48] Su finalidad es evitar el desgaste que supone procesar a comparecientes voluntarios –que estén sometidos[49] y no cuenten con beneficios[50] (aunque la SA ha considerado al menos tres supuestos en esta materia)–[51] u obligatorios –que menosprecien "los fines de la JEP",[52] siempre que no cuenten con beneficios definitivos–.[53] Pese a que el objetivo principal del JPJ es determinar si debe prevalecer la competencia transicional sobre la ordinaria o no –atendiendo al principio de gradualidad–, sus consecuencias pueden implicar, además de la exclusión de la JEP, la no concesión de beneficios.[54]

En la categoría de los incidentes de incumplimiento se agrupan el IIRC y el incidente de revocatoria de la libertad condicionada, de la libertad condicional y de la libertad transitoria, condicionada y anticipada. La última vía adjetiva se limita a la desatención de las obligaciones fijadas en el acta de compromiso y trae como consecuencia la pérdida de beneficios provisionales liberatorios o de

---

[46] JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, autos TP-SA 1315 de 2022, párrafo 15, y TP SA 1334, párrafo 10-12, TP-SA 1446, párrafos 9, 10 y 15, y TP-SA 1532 de 2023, párrafo 14.6.

[47] JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 1372 de 2023, párrafo 29.

[48] JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 1319 de 2022, párrafos. 16.1 y 16.8.

[49] Conforme a la jurisprudencia decantada, se entiende que esa aceptación es, en todo caso, provisional o preliminar.

[50] JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Sentencia Interpretativa TP-SA Senit 4 de 2023, párrafo 140. Véase también JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 1028 de 2022, párrafo 13.

[51] Un evento consiste en la aplicación del JPJ a quienes ya se encuentran sometidos a la JEP (JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, autos TP-SA 1220, TP-SA 1136 y TP-SA 1319 de 2022), teniendo en cuenta que, si el compareciente voluntario no ha sido aceptado, entonces lo procedente es el rechazo de su petición. Otra eventualidad es que el JPJ podría realizarse tanto antes como después del sometimiento voluntario (JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 1028 de 2022 y Sentencia Interpretativa TP-SA Senit 4 de 2023). La última hipótesis es cuando el sometimiento de comparecientes voluntarios es provisional, hasta que se logre obtener un CCCP serio, apto y satisfactorio (JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, autos TP-SA 1147 y TP-SA 1221 de 2022).

[52] JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, sentencias interpretativas TP-SA Senit 4, párrafos 122, 128 y 140, y TP-SA Senit 5 de 2023. Véase también el Auto TP-SA 1221 de 2022, párrafos 28.1-28.3.

[53] JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Sentencia Interpretativa TP-SA Senit 4 de 2023, párrafos 122-123. Ver el Auto TP-SA 1184 de 2022, párrafos 72-84.

[54] JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 1184 de 2022, párrafos 77 y 79.

reclusión especial.[55] El IIRC es, en todo caso, la *ultima ratio*[56] del RC. En el marco de este se debe 1) integrar el contradictorio, 2) verificar el incumplimiento, 3) determinar la existencia de justificantes, 4) valorar la gravedad, así como 5) determinar la razonabilidad, gradualidad y proporcionalidad de la consecuencia aplicable.[57] El IIRC da lugar a la pérdida de beneficios, no a la imposición de sanciones. Por ello, en este trámite, a) la situación del apelante único se puede agravar; b) únicamente se requiere un grado aceptable de persuasión o probabilidad de verdad para dar por probado el incumplimiento,[58] incluso en caso de tratarse de la inobservancia surgida de la comisión de un hecho punible;[59] c) es posible usar la información legalmente obtenida para adoptar decisiones negativas para el compareciente–[60] salvo cuando se trate de informes de inteligencia–.[61] Este trámite también se debe desarrollar al existir una posible DA *de hecho*, lo que se presenta cuando de la información allegada a la JEP no es posible dilucidar, con claridad, la existencia de la deserción.[62] Si en una etapa avanzada del IIRC surge una prueba de la cual pueda corroborarse y afirmarse la DA, lo procedente es continuar el trámite hasta su debida culminación.[63]

Las consecuencias de la faceta reactiva del RC se rigen por los principios de integralidad, gradualidad y proporcionalidad,[64] que se articulan entre sí. La gradualidad señala que no todos los incumplimientos son igualmente graves. Antes bien, se debe generar una consecuencia proporcional, que puede llegar a afectar cualquier beneficio transicional (integralidad) como respuesta a esa desobediencia. En ese orden de ideas, debe tenerse en cuenta que la conducta más grave es la DA, seguida de aquellas contenidas en el numeral 2 del inciso 2 del artículo 20 de la Ley 1957 de 2019, que dan lugar ineludiblemente a la

---

[55] JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Sentencia Interpretativa TP-SA Senit 4 de 2023, párrafo 141.

[56] JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Sentencia Interpretativa TP-SA Senit 5 de 2023, párrafo 146. Véase también el Auto TP-SA 1388 de 2023, párrafo 25.

[57] Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-007 de 2018, M. P. Diana Fajardo Rivera. Véase también JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Sentencia Interpretativa TP-SA Senit 5 de 2023, párrafo 171, y el Auto TP-SA 1230 de 2022, párrafos 21, 22, 23 y nota al pie 24.

[58] JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 1230 de 2022, nota al pie 24, en donde se cita el Auto TP-SA 288 de 2019, párrafo 93.

[59] En el caso de que la jurisdicción ordinaria, en decisión posterior a la definición del incidente, absuelva a la persona, lo procedente es iniciar el trámite de protección de las decisiones ante la SR (art. 97h, Ley 1957/19) para extinguir los efectos del IIRC. Véase JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 1230 de 2022, párrafo 23.

[60] JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 1230 de 2022, párrafos 22 y 23.

[61] *Ibid*., párrafos 13 y ss.

[62] JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 1446 de 2023, nota al pie 23.

[63] *Idem*.

[64] JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 1349 de 2023, párrafos 36-37. Allí se citan las sentencias de la Corte Constitucional C-080 (fundamento 4.1.8.3) y C-007 de 2018, párrafo 699.

exclusión de la JEP.[65] Respecto del componente de verdad, la SA ha precisado que solo aquellos incumplimientos intencionales dan lugar a retirar los beneficios transicionales y, en esa medida, los involuntarios pueden ser corregidos.[66] En lo que se refiere a las demás conductas que no observen el RC, incluida la comisión de delitos diferentes a los especialmente graves enunciados en la legislación, la autoridad judicial respectiva debe evaluar su gravedad.[67] Para ello, observará los siguientes criterios orientadores (no exhaustivos):[68] 1) nexo causal y nivel de control del incidentado; 2) existencia de justificantes,[69] como la ajenidad del hecho o la falta de control sobre la conducta; 3) bien jurídico lesionado (en la comisión de las conductas); 4) grado de consumación; 5) revictimización y su grado; 6) existencia de un provecho ilícito; 7) reconocimiento de responsabilidad del hecho generador del incumplimiento; 8) eventual cumplimiento de la pena impuesta;[70] 9) nivel del compromiso adquirido; 10) frecuencia de la conducta delictiva;[71] 11) aportes realizados al sistema; 12) posibilidad de resarcir el daño causado; 13) el beneficio transicional recibido. Como resultado de esa valoración, el operador jurídico debe determinar si el incumplimiento fue: alto (grave), medio, bajo (leve) o, incluso, irrelevante (como sucede con las conductas culposas o los delitos dolosos de pena reducida),[72] para luego fijar la respectiva consecuencia.[73]

La jurisprudencia de la SA no ha desarrollado a profundidad el componente restaurativo en la faceta reactiva del RC. La restauración es el eje central del modelo jurisdiccional que inspiró la creación de la JEP. Por ello, dada su centralidad e importancia, en tanto garantía material de no repetición, se requiere avanzar en su concreción.

Restricciones a comparecientes para viajar y salir del país

El pronunciamiento más importante de la jurisprudencia transicional en esta materia, en el entendido de que las restricciones para salir del país hacen parte

---

65 Véase JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, autos TP-SA 1136 de 2022, párrafo 39, y TP-SA 1349 de 2023, párrafos 40-41.

66 Véase JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 1136 de 2022, párrafo 26: "El parágrafo primero *ibidem* [art. 20, Ley 1957/19] establece que el incumplimiento intencional de cualquiera de las condiciones del RC, o de cualquiera de las sanciones impuestas por la JEP, tendrá como efecto, de conformidad con el AL 01 de 2017, la pérdida de tratamientos especiales, beneficios, renuncias, derechos y garantías". Véase también JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 1349 de 2023, párrafos 56-57.

67 JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 1349 de 2023, párrafos 40-41.

68 Al respecto véase el cuadro contenido en JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 1136 de 2022.

69 *Ibid*., párrafo 30. Véase también Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-007 de 2018 y JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 288 de 2019.

70 JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 1349 de 2023, párrafos 65-67.

71 JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 1136 de 2022, párrafos 32-34.

72 *Idem*.

73 *Ibid*., párrafo 35.

del RC general de las personas sometidas en la JEP, es el Auto TP-SA 1215 de 2022. En esa oportunidad, se determinó que son apelables las decisiones acerca del RC cuando estas impliquen la imposición de medidas restrictivas de la libertad para personas que no han recibido tratamientos liberatorios por parte del componente judicial especial. Además, allí se estableció que ese tipo de restricciones solo son imponibles a personas que hayan recibido el aludido género de beneficios. Dicha línea jurisprudencial ha tenido desarrollos ulteriores.

En el Auto 1321 de 2022 se reiteró lo anteriormente dicho, y se hizo un recuento jurisprudencial sobre la materia, con el objeto de lograr una unificación en torno a los tópicos de la apelabilidad de ese tipo de casos y la falta de juridicidad de las decisiones de las salas de justicia que imponen una restricción para salir del país a personas sin gravámenes sobre su derecho a la libertad personal o que no tienen obligaciones pendientes con la justicia. Allí se reiteró la regla de que las salas y secciones gozan de autonomía para fijar el RC. A su vez, se recogió expresamente lo que antes se había dicho al respecto en la Sentencia TP-SA 177 de 2020, debido a que la restricción para salir del país es altamente gravosa para la esfera de derechos del individuo, máxime cuando exige la realización de trámites judiciales que, por lo general, culminan cuando ya han pasado las fechas de los respectivos viajes, lo que riñe con las finalidades de la reincorporación, sobre todo cuando se trata de personas sobre las que, a primera vista, no se tienen indicios de que vayan a evadir la justicia.

Luego, en el Auto TP-SA 1410 de 2023, se indicó que los permisos para salir del país no están restringidos a que los comparecientes tengan que viajar para llevar a cabo labores relacionadas con la implementación de lo pactado en el AFP, sino que debe prohijarse toda actividad que implique la reincorporación a la vida civil, lo que incluye traslados a otros países para fines recreativos, educativos o de tratamientos médicos, siempre y cuando ello no obstaculice el logro de los objetivos del sistema. Asimismo, se fijó una regla para atender los casos en los cuales las respuestas de las autoridades judiciales no son lo suficientemente expeditas como para cobijar las fechas de los viajes sobre los que versan las solicitudes de autorización. De esa forma, para la SA no hay sustracción de materia cuando ello ocurre, pues aún interesa al compareciente y al juez transicional que la SA defina criterios interpretativos al respecto, que podrán aplicarse posteriormente.

Víctimas ante la JEP

El principio de centralidad de las víctimas no puede quedar vacío de contenido ni ser meramente simbólico. Por el contrario, es de vital importancia para el óptimo funcionamiento de la Jurisdicción; constituye la base normativa esencial de lo avanzado conceptualmente sobre el régimen de condicionalidad y, sobre todo, exige hacer efectiva la participación plena y protagónica de las víctimas,

pues es el modo de colmar, en la mayor medida posible, sus expectativas en materia de verdad, justicia, reparación y garantías de no repetición. No puede perderse de vista, en todo caso, que este axioma no está exento de dificultades interpretativas asociadas a su alcance. Los derechos de las víctimas en la JEP deben ser conciliados con los fines propios de la justicia transicional, pues su participación ilimitada, aunque podría considerarse ideal, alteraría el funcionamiento de esta justicia transicional, lo que terminaría paradójicamente afectándolas. Por tanto, el principio de centralidad de las víctimas también debe tener algunas prescripciones, entre ellas, que su participación debe canalizarse mediante la herramienta adjetiva de la acreditación en tramitaciones concretas y, además, por medio de un modelo de representación idealmente colectivo.

El trabajo hermenéutico de la SA en este nuevo periodo se ha encaminado, fundamentalmente, a desarrollar un tanto más múltiples cuestiones relativas a la participación de las víctimas en las actuaciones transicionales. También ha procurado afinar determinados aspectos relacionados con la reparación de las víctimas y, en particular, lo atinente al relacionamiento entre autoridades públicas, de cara a la satisfacción de ese componente en el marco del SIP. Así, en primer lugar, se mostrarán algunas cuestiones relevantes sobre la participación judicial de las víctimas, entre ellas lo relativo a una función administrativa especial que se acuñó y encargó a la Secretaría Ejecutiva de la JEP (Sejep) con la finalidad de propiciarla y efectivizarla, y las garantías adjetivas en favor de las víctimas que fueron objeto de precisión en la Senit 3 de 2022 –pronunciamiento que obedeció, justamente, a la necesidad de esclarecer "el régimen de notificaciones, comunicaciones y recursos de los trámites ordinarios ante la JEP"–. Por último, como tópico relacionado, se describirá la articulación entre las entidades del sistema en materia de registro y reparación administrativa de las víctimas.

Participación de las víctimas

La acreditación es una de las formas de participación de las víctimas en el sistema,[74] y de ella no depende la calidad de víctima, sino la posibilidad de participar en un asunto judicial concreto en la JEP.[75] Sin perjuicio de lo anterior, en la Senit 1 de 2019 se puntualizó que la acreditación no siempre es condición indispensable para participar.[76] En el Auto TP-SA 1357 de 2023, se insistió en que, conforme al artículo 48 de la Ley 1922 de 2018, hay un vínculo entre la asunción de competencia y la acreditación de víctimas, de manera que esta última no puede ocurrir sin que previa o concomitantemente se haya dado la

[74] JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 591 de 2020, párrafos 10-15, reiterado en el Auto TP-SA 1125 de 2022, párrafo 36.

[75] JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, autos TP-SA 1236 de 2022, párrafo 13; TP-SA 1267 de 2022, párrafo 7.3; TP-SA 1357 de 2023, párrafo 25.

[76] JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 1357 de 2023.

primera en asuntos individuales, bien sea mediante la aceptación del sometimiento o la concesión de beneficios transicionales.[77] Antes de tal determinación, las víctimas están habilitadas para intervenir en calidad de personas con interés jurídico procesal concreto en la actuación.[78]

La SA ha establecido que cuando una solicitud no proceda en el trámite al que está dirigida, podrá examinarse la posibilidad de que se estudie su viabilidad en otros diligenciamientos en curso.[79] Igualmente, ha enfatizado que

> … basta con que a una víctima se le reconozca la calidad de interviniente especial dentro de una tramitación determinada, sin que sea necesario hacer ello tantas veces como conductas punibles se hayan padecido en referencia con el mismo proceso. Esto no obsta para que la acreditación se haga en forma múltiple, si la diversidad de sucesos se subsume en procesos igualmente diversos.[80]

En el Auto TP-SA 1125 de 2022, luego de hacer una revisión de su jurisprudencia hasta ese momento, la Sección sintetizó tres reglas jurisprudenciales en materia de acreditación de víctimas: 1) debe adoptarse la interpretación más favorable a las víctimas tanto en cuestiones normativas como fácticas, siempre que sea compatible con otros principios y valores de la transición; 2) la carga argumentativa y probatoria para la acreditación es mínima, al tratarse de un procedimiento ágil en el que las víctimas deben cumplir con tres requisitos básicos: "(a) la existencia de un proceso o trámite transicional en curso ante esta jurisdicción especial; (b) la manifestación de ser víctimas y querer intervenir en el procedimiento; y (c) prueba siquiera sumaria de los hechos victimizantes que permita corroborar la relación entre la conducta conocida o investigada por la JEP y el daño sufrido por los solicitantes de la acreditación";[81] 3) existe libertad probatoria, pues se admite cualquier tipo de elemento sumario de su condición, pero no disminuye la fuerza de convicción que debe generar la prueba.[82] En esta providencia, además, la SA definió el "trámite administrativo de acreditación de víctimas". Se trata de las actividades de la SE previas, concomitantes y posteriores al auto de acreditación por parte de la SRVR.[83]

La SA indicó que, en el caso de las víctimas cuyos hechos no coinciden con los criterios espaciales, temporales o con las conductas priorizadas por la SRVR,

---

[77] Ley 1922 de 2018, párrafo 29. Para reforzar este argumento, la SA también recordó lo establecido en la Sentencia Interpretativa TP-SA Senit 3 de 2022. Allí se indicó que "los trámites ante la JEP sólo empiezan formalmente una vez se valida expresamente la competencia de la Jurisdicción". JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, TP-SA Senit 3 de 2022, párrafo 211.

[78] Ley 1922 de 2018, párrafo 31.

[79] JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, autos TP-SA 1248, TP-SA 1267 y TP-SA 1290 de 2022.

[80] JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, autos TP-SA 1248 y TP-SA 1267 de 2022.

[81] JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 1125 de 2022, párrafo 24.

[82] *Ibid.*, párrafo 25.

[83] *Ibid.*, párrafo 39.

sin que medie orden previa, la SE deberá establecer si los hechos victimizantes podrían corresponder con un macrocaso por abrir, u orientar a la víctima sobre el alcance de la decisión y exponerle las alternativas con las que contaría.[84] En esta labor de orientación, la SA vinculó a la Procuraduría General de la Nación, quien deberá fungir como garante de los derechos fundamentales de las víctimas en una suerte de intervención *ex ante*, para que sus derechos no sufran menoscabo alguno.[85] Lo anterior de forma mancomunada con la SE –en particular con el Departamento de Atención a Víctimas (DAV) y el Sistema Autónomo de Asesoría y Defensa (SAAD-víctimas)–.[86]

En la Sentencia TP-SA 331 de 2023, la SA precisó que a la SE le corresponde adelantar los trámites administrativos descritos cuando se trata de asuntos que son o pueden ser competencia de la JEP, sin perjuicio de que sea una solicitud ventilada ante la SRVR o cualquier otra autoridad de la JEP.[87] Por tanto, siempre debe llevar a cabo las actividades que permitan el diligenciamiento del F1 de Víctimas o de un documento equivalente y, previa preparación del caso con la víctima, transmitir la información a la autoridad transicional competente.[88] La SA resaltó, asimismo, que el único criterio que debe tener en cuenta la SE para desplegar o no la fase administrativa de la acreditación de víctimas es la posible competencia de la JEP sobre los hechos victimizantes. Por último, en la Sentencia TP-SA 354 de 2023, la Sección enfatizó que no es óptimo que la SE retenga de forma injustificada las solicitudes de acreditación.

En relación con *otras garantías adjetivas en favor de las víctimas*, no puede perderse de vista que, de conformidad con el artículo 4 de la Ley 1922 de 2018, las víctimas acreditadas son intervinientes especiales en los trámites surtidos ante la JEP.[89] En la práctica, y de conformidad con el ejercicio hermenéutico realizado en la Senit 3 de 2022, ello significa que, por ostentar dicha calidad, las providencias judiciales deben notificárseles, por regla general, salvo que se trate de decisiones que no traten algún interés jurídico procesal concreto.[90] La providencia con la que se establece la interacción inicial con las víctimas –y, en general, con los sujetos procesales, otros intervinientes y personas con interés jurídico procesal concreto– debe notificarse personalmente, mientras que las subsiguientes por estado, salvo que se trate de personas privadas de la libertad o de que se verifiquen las condiciones para la aplicación de la excepción a este tipo de notificación (*i. e.* que se trate de personas carentes de representación

[84] *Ibid.*, párrafo 48.
[85] *Ibid.*, párrafo 50.
[86] *Ibid.*, párrafo 51.
[87] JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Sentencia TP-SA 331 de 2023, párrafo 17.
[88] *Ibid.*, párrafo 18.
[89] Como se vio *supra*, también son personas con interés jurídico procesal concreto en la actuación, previo a la acreditación.
[90] JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Senit 3 de 2022, párrafo 34.

judicial respecto de quienes pueda establecerse, sobre bases objetivas, la presunción de imposibilidad de acceder a estados electrónicos o de ser informadas de las decisiones notificadas a través de ellos por parte de un representante o apoderado autorizado). En estos casos se mantendrá la notificación personal. A continuación, se muestra cómo debe operar el relacionamiento entre las víctimas y la JEP en el desarrollo de las actuaciones transicionales, según lo definido en la Senit 3 de 2022.

Interacción inicial en los macrocasos

Los autos de apertura de los macrocasos deben ser objeto de divulgación[91] y únicamente se notifican al Ministerio Público. Previo a la emisión de estas providencias, debe definirse una estrategia de divulgación, cuyo diseño e implementación están a cargo de la SE y se construye en conjunto con los despachos. Estos últimos, con ayuda del Grupo de Análisis de la Información (GRAI), definen la caracterización provisional de las víctimas y determinan sobre quiénes será indispensable proveer medios focalizados de divulgación.[92] La primera interacción con las víctimas será entonces aquella en la que la SRVR se pronuncie sobre la solicitud de acreditación o frente a cualquier manifestación de la que se infiera que pretenden hacer valer su calidad ya reconocida en otro trámite judicial por los mismos hechos.[93]

Interacción inicial en los procesos individuales

Respecto de los casos individuales hay que distinguir entre asuntos relacionados con comparecientes obligatorios y voluntarios. En el primer escenario, a las víctimas se les debe notificar la decisión que asume o avoca conocimiento de la actuación luego de verificar la concurrencia de los factores de la JEP. La validez del trámite depende de que la decisión sobre competencia, que le da inicio formal al trámite, se profiera en la etapa inicial o, a lo sumo, intermedia del procedimiento y, por tanto, las víctimas puedan participar a lo largo del trámite, especialmente de cara a la concesión de beneficios definitivos.[94] En los casos en los que se rechaza un asunto por abierta incompetencia, no surge la obligación de notificar a las víctimas.[95] Por el contrario, en los trámites objeto de inadmisión, esto es, cuando la incompetencia se hizo ostensible luego de avocar formalmente la actuación,

---

[91] En la parte general de la providencia (párrafo 36), se precisó que la divulgación de las providencias "está dirigida, no a una persona o entidad concreta –que pueden ser notificados o comunicados, según el caso–, sino al público en general". JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Senit 3 de 2022, párrafos 232 y ss.

[92] *Ibid*., párrafo 551.

[93] *Ibid*., párrafo 174.

[94] *Ibid*., párrafo 215. Reiterado en JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 1466 de 2023, párrafos 65-67.

[95] *Ibid*., párrafos 219 y ss.

las víctimas deben ser notificadas solamente si fueron previamente enteradas de la actuación o si intervinieron en ella.[96] Las providencias en las que se validan los factores de competencia sin avocar o asumir el conocimiento de un trámite en particular, pero que otorgan beneficios o confieren la calidad de compareciente al interesado, también deben notificarse a las víctimas.[97]

En el caso de los comparecientes voluntarios, debe notificárseles la providencia que califica como idónea para el intercambio dialógico la propuesta de compromiso presentada por el solicitante.[98] La obligación de notificación también puede surgir cuando las víctimas han sido contactadas previamente por la Jurisdicción o en el evento en el que han concurrido al trámite y manifestado su interés por participar. Lo anterior sin perjuicio de que la acreditación solo proceda en los procesos formalmente abiertos en la JEP.[99]

Si se trata de víctimas determinadas –*i. e.* cuyos datos de identidad se conocen–, la JEP debe procurar conseguir su información de contacto actualizada para lograr una primera notificación personal. En el caso de las indeterminadas –*i. e.* cuyos datos de identificación se desconocen o son incompletos–, debe evaluarse la posibilidad de determinar a las víctimas como paso previo a la obtención de la información de contacto actualizada. En ambos escenarios, la obligación es de medio. La responsabilidad principal en materia de notificación recae en las secretarías judiciales (Sejud), quienes deben apersonarse de los trámites de notificación e informar a la magistratura en caso de requerir apoyo.[100]

Enfoques diferenciales

Es obligación de la magistratura indicar si es necesario activar una ruta de notificación especial y diferenciada, luego de evaluar y caracterizar las condiciones particulares del destinatario del acto procesal.[101] En cualquier caso, debe procurarse un diálogo que permita explorar el mejor medio para llevar a cabo la notificación pendiente y las acciones que faciliten el posterior acceso a los estados electrónicos del expediente. Esto implica analizar la posibilidad de aplicar la excepción de mantener las notificaciones personales a lo largo del proceso.[102] En cualquier momento del trámite pueden advertirse circunstancias que ameriten un tratamiento diferenciado.[103]

---

[96] *Ibid*., párrafo 225. Esta regla fue aplicada, entre otros, en JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, autos TP-SA 837 de 2021; TP-SA 1292, párrafos. 36-37, TP-SA 1306, párrafo 55 y 1319, párrafo 19 de 2022, y TP-SA 1340, párrafo 29 y 1357, párrafo 35 de 2023.

[97] *Ibid*., párrafo 230.

[98] *Ibid*., párrafo 176.

[99] *Ibid*., párrafo 240.

[100] *Ibid*., párrafo 178.

[101] JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Senit 3 de 2022, párrafo 291.

[102] *Ibid*., párrafo 297.

[103] *Ibid*., párrafo 300.

En relación con la notificación a comunidades étnicas, deben tenerse en cuenta los parámetros generales establecidos en el documento *Guía para la realización de notificaciones y comunicaciones con pertinencia étnica y cultural*, aprobada por la Comisión de Participación Étnica de la JEP.[104] La SA indicó que es posible que los despachos judiciales adopten una posición proactiva en materia de notificaciones a este tipo de comunidades, siempre que la Sejud sea mantenida al tanto del trámite.[105]

En materia de violencia sexual y de género, la Senit 3 de 2022 recordó el concepto que la Comisión de Género de la JEP rindió en cumplimiento de la Sentencia TP-SA-AM 273 de 2021. Indicó que su contenido se ajusta a los estándares en la materia, con algunas precisiones que estimó pertinentes. Aunque se trata de varias reglas específicas, se destacan las siguientes: 1) la orden de notificación no debe permitir la identificación de la víctima; 2) el contacto directo con la víctima estará a cargo únicamente de funcionarios del Departamento de Atención a Víctimas –idealmente con perfil psicosocial–; 3) en la etapa de búsqueda de datos debe indagarse si se ha sostenido contacto previo con la víctima, para evitar situaciones de revictimización; 4) deben consultarse con la víctima los medios por los que prefiere ser contactada e indicársele que cuenta con la posibilidad de acceder a asistencia jurídica.[106]

Articulación con otras entidades en materia de reparación administrativa

En el Auto TP-SA 1376 de 2023, la SA afirmó que, en el marco del tratamiento judicial de las conductas relacionadas con el conflicto, la JEP está facultada para "asegurar que se reconozcan y reparen los daños causados por los actores armados, al menos en algunas de sus dimensiones, y garantizar la no repetición de las violaciones de los derechos humanos y el DIH".[107] Sin embargo, aclaró que ello no implica que las salas de justicia estén facultadas para ordenar inscripciones en el Registro Único de Víctimas (RUV) o reparaciones administrativas, pues estas son competencias de la Unidad para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas (UARIV) en su calidad de entidad rectora del Sistema Nacional para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas (SNARIV).[108] Lo que sí pueden es ordenarle a la UARIV que estudie esa posibilidad, especialmente cuando en el trasegar procesal se acopia material probatorio que hace evidente la condición de víctima del conflicto, en los términos del artículo 3 de la Ley 1448 del 2011.

---

[104] Comisión de Participación Étnica de la JEP, *Guía para la realización de notificaciones y comunicaciones con pertinencia étnica y cultural*, Bogotá, JEP, 2019, párrafo 309.
[105] *Ibid*., párrafo 313.
[106] JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Senit 3 de 2022, párrafos 320-326.
[107] JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 1376 de 2023, párrafo 27. Allí se citó el Auto TP-SA 714 de 2021, párrafo 16.5.
[108] *Ibid*., párrafo 28.

Suspensión de las actuaciones ordinarias

Uno de los retos conceptuales más importantes que ha tenido la SA en sus años de operación ha sido el de establecer los contornos asociados a la "prevalencia" –o "preferencia"– y "exclusividad" de la JEP. Esto, por supuesto, respecto de los casos que se encuentran –o que pueden eventualmente ingresar– bajo la órbita competencial de esta justicia transicional. El desafío hermenéutico de la SA en esta materia ha sido especialmente complejo, pues se trata de dar alcance a la *prevalencia* y *exclusividad* de la JEP en función de otras circunstancias que inevitablemente impactan en su ejercicio jurisdiccional. Por un lado, a la vista de los objetivos generales de esta justicia transicional, relacionados con la adopción de decisiones que otorguen plena seguridad jurídica a quienes participaron en el conflicto; y, por el otro, bajo la especial consideración de la capacidad operativa de la JEP –ciertamente limitada– y del hecho de que, como parte del Estado y al igual que otras autoridades con las que coexiste y debe colaborar armónicamente, está especialmente vinculada a la obligación constitucional y convencional de combatir la impunidad e investigar, enjuiciar y sancionar las graves violaciones de los derechos humanos e infracciones al DIH.

No es objeto de discusión que las atribuciones jurisdiccionales de la JEP en los asuntos de su competencia son "exclusivas" y "prevalecen" –son "preferentes"– sobre las de cualquier otra autoridad. El ordenamiento jurídico incorporó múltiples normas que lo indican clara y expresamente. Lo que ha debido constatarse por parte de la SA, a causa de la falta de desarrollo y precisión de las fuentes normativas en esta materia, es cómo deben operar en la práctica esa *exclusividad* y *prevalencia* de esta justicia transicional. Una vez la JEP comenzó a operar, se pensó que debía recibir y hacerse cargo de manera *automática* y *masiva* de todos los expedientes y asuntos que, bajo el criterio de otras autoridades judiciales ordinarias y administrativas, serían de su competencia. Este entendimiento se vio alentado, entre otras, porque algunos enunciados normativos del ordenamiento jurídico propiciaban esta interpretación.[109]

Lo cierto es que, desde sus primeros pronunciamientos y, por ejemplo, a propósito del artículo 38 de la Ley 1922 de 2018, la SA afirmó que la JEP no podía ser, sin más, "el repositorio" de expedientes y casos de la jurisdicción ordinaria que posible o potencialmente se encontraran bajo su competencia. También enfatizó que esta justicia transicional tenía autonomía para definir cuáles eran los casos que cumplían en concreto los presupuestos competenciales y podían tratarse transicionalmente, y cómo y cuándo los abordaría. La SA estableció, pues, que la JEP estaba habilitada para definir si los hechos específicos

[109] Por ejemplo, el artículo 22 del Decreto 277 de 2017, el parágrafo del artículo 20 del Acto Legislativo 01 de 2017, el artículo 158 de la Ley 1957 de 2019 y el parágrafo del artículo 38 de la Ley 1922 de 2018.

fueron cometidos por las personas que pueden comparecer (obligatoria o voluntariamente) a esta justicia transicional (factor personal), si ocurrieron por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado (presupuesto material), y si se perpetraron antes del 1 de diciembre de 2016 o en el proceso de dejación de armas por parte de los exintegrantes acreditados de las FARC-EP (ámbito temporal); pero, más aún, determinó que esta Jurisdicción Especial tenía la potestad de adoptar una decisión en ese sentido cuando tuviera los insumos suficientes para ello y autónomamente resolviera hacerlo. Para la SA, además, el artículo 38 analizado no podía interpretarse como un respaldo a decisiones *inmediatas* sobre remisión de actuaciones a la JEP, sino que, más bien, debía entenderse como el deber constitucional de los operadores ordinarios de colaborar armónicamente con esta justicia transicional, en general, y de sustanciar probatoriamente los asuntos de competencia potencial de la JEP, en particular.[110]

En adelante, la SA ha reivindicado la tesis general de que no debe asumir *inmediata* y *mecánicamente* todos los asuntos que son de su posible o potencial competencia, así los jueces ordinarios o las entidades públicas consideren o decidan lo contrario. Los enunciados normativos que establecen la *exclusividad* y *prevalencia* jurisdiccional, más que mandatos u obligaciones que vinculan *inmediata* y *perentoriamente* el inicio de operación de la JEP, constituyen las atribuciones particulares que esta justicia transicional puede ejercer discrecional, estratégica y razonadamente (en el sentido de mantener el equilibrio constitucional) a lo largo de su actividad y existencia. Estas potestades no pueden desplegarse sin tener a la vista, al menos, cuatro premisas relacionadas. La primera es que la asunción competencial de la JEP no es *masiva* ni *automática* en los asuntos específicos que son o pueden ser de su competencia, sino *progresiva* y *condicionada*. La segunda es que esta justicia transicional solo *prevalece* y ejerce competencia *exclusiva* en la medida en que autónomamente decide hacerlo y se verifiquen otras exigencias concurrentes y objetivas.[111] La tercera es que la mera adopción de decisiones de trámite por parte de la JEP, encaminadas a consolidar la disponibilidad probatoria y a establecer la competencia –incluso preliminarmente– respecto de los hechos particulares tratados, no significa el ejercicio efectivo de la *prevalencia* y *exclusividad* de esta justicia transicional ni, por tanto, este tipo de determinaciones tienen por qué suspender los encausamientos

[110] JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 33 de 2018. Reiterado en JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, autos TP-SA 46, TP-SA 61, TP-SA 74 de 2018, TP-SA 401 de 2019 y TP-SA 859 de 2021, entre otros.

[111] Véase, entre otros, JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, autos TP-SA 37 y TP-SA 46 de 2018; TP-SA 286, TP-SA 330, TP-SA 345 de 2019, TP-SA 550, TP-SA 598, TP-SA 661 de 2020; TP-SA 859 de 2021; TP-SA 1199, TP-SA 1228, TP-SA 1250, TP-SA 1299 de 2022. Véase también JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, sentencias TP-SA 221 y TP-SA 226 de 2020.

ordinarios.[112] La última radica en que la JEP, por lo general e idealmente, asume o declara competencia mediante actos expresos y formales (consignados en providencias ejecutoriadas)[113] o cuando material e inequívocamente ejerce su competencia sobre las conductas concretas (también en proveídos en firme y, p. ej., si concede beneficios transicionales o si decisiones de esa índole fueron dictadas por ministerio de la ley o por los operadores jurídicos ordinarios en el ejercicio provisional de esas potestades).[114] Las deducciones hermenéuticas de la SA en esta materia se fundamentan en que no es admisible constitucional y convencionalmente un estado de parálisis generalizada de los asuntos de competencia efectiva o potencial de esta justicia transicional y, especialmente, entre otros derechos y principios, de la seguridad jurídica, el debido proceso, el cumplimiento de la obligación de luchar contra la impunidad y el deber de colaboración armónica entre autoridades públicas.

La consideración más general y evidente que emana de los criterios descritos es que si la JEP no asume expresa o tácitamente sus atribuciones sobre los hechos en específico, aun cuando estos sean posible e incluso potencialmente de su competencia, entonces la jurisdicción ordinaria mantiene sus facultades para adelantar y concluir el proceso judicial.[115] Sin embargo, este entendimiento también ha debido precisarse por la SA en función de distintos supuestos. En general, la JEP puede ser absolutamente *prevalente* o no respecto de conductas del conflicto de su competencia, pero también puede tener o no *exclusividad* respecto a su conocimiento. Esto se traduce, en específico, en que la suspensión de actuaciones penales ordinarias o administrativas relacionadas, en algunas circunstancias, es apenas parcial[116] y no total.[117] La *prevalencia* se reivindica entonces en el sentido de que la actuación de la JEP siempre tiene la aptitud de limitar en su totalidad o en parte la actividad y las determinaciones de los operadores jurídicos ordinarios, cuando así lo disponga esta justicia transicional. El concepto de *exclusividad*, por su parte, se impacta sensiblemente y da paso, más bien, al de *complementariedad* general. Y ello debe ser así, pues es la hermenéutica que mejor se compadece con la capacidad operativa de la JEP y con los derechos y principios que deben observarse en esta materia.

---

[112] Véase, entre otros, JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 795 de 2021.

[113] Véase, entre otros, JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, autos TP-SA 289 de 2019 y TP-SA 1051 de 2022. Véase también JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Sentencia TP-SA 245 de 2021.

[114] Véase, entre otros, JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, autos TP-SA 430, TP-SA 605 de 2020,; TP-SA 770, TP-SA 870 de 2021 y TP-SA 1077 de 2022. Véase también JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Sentencia Interpretativa TP-SA Senit 2 de 2019.

[115] Véase, entre otros, JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 795 de 2021.

[116] Véase, entre otros, JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, autos TP-SA 64 de 2018 y TP-SA 110 de 2019. Véase también JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Sentencia TP-SA 270 de 2021.

[117] Véase, entre otros, JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 1062 de 2022.

En la práctica, el alcance de la suspensión de los asuntos en la jurisdicción ordinaria depende del estado de su avance y del momento en el que la JEP declara o ejerce su competencia para conocerlos. Si esta justicia transicional se declaró competente o adoptó determinaciones inequívocas bajo esta premisa (*i. e.* de asunción competencial) y la actuación en la jurisdicción ordinaria no ha superado la fase de investigación de acuerdo con el procedimiento penal aplicable (*i. e.* leyes 600 de 2000 o 906 de 2004), entonces la parálisis del caso es parcial y conlleva que la Fiscalía General de la Nación continúe con la búsqueda y el recaudo de elementos materiales probatorios y evidencia física para reconstruir la conducta objeto de las pesquisas, pero sin que esté habilitada para afectar la libertad del implicado, determinar su responsabilidad o citarlo a diligencias judiciales. En cambio, si la JEP absorbió competencialmente el asunto en los términos indicados y el proceso en la jurisdicción ordinaria ya está en la etapa de juicio, entonces la suspensión de la actuación es total.

El trámite de los asuntos a instancias de SRVR ha revestido especial complejidad en cuanto al alcance de la suspensión de las actuaciones ordinarias.[118] Estos procedimientos tienen la particularidad de que en ellos actúan una multiplicidad de sujetos procesales e intervinientes especiales, y de que en su marco se tratan una cantidad masiva de conductas y hechos. Los expedientes que se integran al caso en la SRVR, por lo general, son delimitados *específica* y *progresivamente*. Esta es una circunstancia determinante para establecer la manera en la que esta justicia transicional absorbe la competencia de los encausamientos relacionados de la jurisdicción ordinaria. La SA ha afirmado, en general, que los asuntos que quedan incorporados *efectivamente* en la investigación transicional de la SRVR se sustraen de la competencia de las autoridades ordinarias. El reto ha sido el de establecer cuándo se presenta este supuesto en particular y su alcance en materia de suspensión. No hay dificultad en el evento en el que la SRVR declara formal y expresamente la competencia de la JEP respecto de la conducta específica, porque considera que observa los factores competenciales y define que la abordará bajo sus procedimientos transicionales. Hay complejidad, en cambio, cuando la SRVR avanza la actuación transicional a su cargo sin delimitar de esta manera el universo fáctico de su competencia.

La interpretación sistemática de lo establecido en el ordenamiento jurídico transicional llevó a la SA a considerar inicialmente que el auto formal de priorización dictado por la SRVR traía como consecuencia la absorción competencial de esta justicia transicional respecto de todos los procesos relacionados de la jurisdicción ordinaria, los cuales quedaban, pues, suspendidos desde ese momento.[119] Sin embargo, luego, con mayor conciencia sobre la realidad

[118] Véase, entre otros, JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 1199 de 2022.
[119] JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 37 de 2018.

operativa de la SRVR y de los casos por ella tramitados, especialmente de "la estrategia de priorización diseñada por esa autoridad", la SA ajustó su entendimiento en vista de los derechos y principios aplicables en esta materia y, sobre todo, con base en una reinterpretación del concepto de "priorización".[120] Según la SA, la priorización no debe entenderse como un acto específico, sino, más bien, como un proceso. Los hitos de este procedimiento ante la SRVR, en esencia, son tres: agrupación, concentración y priorización en estricto sentido o propiamente dicha. Es solo en ese momento en el que debe producirse el efecto suspensivo y concretarse el relevo competencial entre la jurisdicción ordinaria y la JEP respecto de los asuntos de su competencia.

La suspensión en los casos relacionados con no combatientes se configura desde el momento en el que se verifica el supuesto especial de manifestación de voluntad y las otras exigencias adicionales establecidas (p. ej. la oportunidad de la petición de sometimiento voluntario y la proyección de determinados aportes en el marco del RC del aspirante por comparecer). Según la SA, la suspensión prevista para los agentes estatales no combatientes y los terceros civiles busca, por un lado, permitir que posteriormente la JEP decida si asume competencialmente el caso o no; y, por el otro, evitar que estas personas atiendan simultáneamente dos jurisdicciones diferentes con lógicas distintas, con las implicaciones negativas, lógicas y prácticas derivadas de esa circunstancia. Adicionalmente precisó que 1) la mera presentación de una solicitud de sometimiento voluntario no configura el evento de suspensión descrito en la norma pertinente; 2) la postulación para comparecer debe radicarse ante los órganos competentes de la jurisdicción ordinaria y no directamente ante esta justicia transicional; 3) los operadores jurídicos comunes deben disponer no solo el traslado a la JEP de la petición allegada, sino también de los documentos e insumos que permitan a esta justicia transicional recibir efectivamente (con disponibilidad probatoria) el caso y determinar su competencia sobre este.[121]

La complejidad decisional y operativa en materia de suspensión de actuaciones ha llevado, incluso, a que la JEP promueva y suscriba acuerdos de cooperación y entendimiento con otras autoridades estatales. Por ejemplo, con la Fiscalía –el 10 de octubre de 2022– y con la Procuraduría General de la Nación –el 3 de noviembre de ese año–. Esto en vista de la necesidad de dotar de eficiencia y eficacia la acción del Estado (en su conjunto y bajo relaciones de colaboración armónica entre sus componentes) en la lucha contra la impunidad.

[120] JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 1199 de 2022.

[121] Véase, especialmente, JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 859 de 2021.

Medidas cautelares en la JEP

En el apartado sobre participación de víctimas en la JEP de la edición anterior de este artículo, se hizo referencia a las primeras decisiones adoptadas por la SA en materia de medidas cautelares para enfatizar cómo estas se constituían en un mecanismo más para su protección. En el Auto TP-SA 714 de 2021, se recordó que el potencial restaurativo de las medidas cautelares no constituía una patente de corso para que pudieran ser utilizadas por fuera de los objetivos misionales de la JEP. En esa línea, se refirió al Auto TP-SA 767 de 2021 que distinguió entre las medidas cautelares para la protección de las víctimas, de las medidas de reparación colectiva a cargo de la Rama Ejecutiva del Estado.

En este nuevo periodo, las decisiones de la SA sobre medidas cautelares se han multiplicado y, aunque siguen teniendo a las víctimas como sus principales beneficiarias, es posible presentar de una manera autónoma los desarrollos jurisprudenciales que siguen delineando el alcance de la figura. Estos pronunciamientos profundizan los dos ejes transversales referidos en la edición anterior: por una parte, el potencial de las medidas cautelares para jalonar el cumplimiento de los objetivos de la JEP y del SIP y, por la otra, la necesidad de que las mismas respeten el marco competencial de la Jurisdicción.

Así, la SA ha adoptado decisiones que implican, entre otros: 1) precisar la posibilidad de acceder a medidas cautelares anticipativas que, en principio, constituirían reparaciones, cuandoquiera que resulten estrictamente necesarias para garantizar la participación plena en la Jurisdicción y a condición de que se haya agotado sin éxito la oferta institucional disponible para acceder a las mismas;[122] 2) tratar peticiones de medidas de protección como solicitudes de acreditación de víctimas para, a partir de allí, estudiar la procedencia de las cautelas solicitadas;[123] 3) validar medidas cautelares tendientes a afianzar no solo la protección de la vida e integridad física de los desmovilizados, sino también la potenciación de sus capacidades y las de sus familiares, en especial, las parejas e hijos de los excombatientes asesinados o desplazados;[124] 4) ordenar la rectificación de las declaraciones de un funcionario público que, al referirse a niños, niñas y adolescentes reclutados por grupos armados como "máquinas de guerra", desconoció su calidad de víctimas y contravino las garantías de no repetición que buscan evitar el resurgimiento de conductas victimizantes;[125] 5) precisar que aunque en materia de medidas cautelares de protección la opinión

[122] JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 903 de 2021.

[123] JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 993 de 2021. En esta decisión la SA revocó la decisión de la SRVR de no avocar conocimiento de una solicitud de medidas cautelares por considerar que la víctima no estaba acreditada ante la Jurisdicción, pese a que, a partir del contenido mismo de la solicitud y de los demás elementos obrantes en el expediente, se advertía la existencia de los elementos que permitían la acreditación.

[124] JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 1057 de 2022.

[125] JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 1305 de 2022.

de los sujetos en riesgo sobre las órdenes por impartir es importante y, por tanto, debe ser consultada como parte del potencial restaurativo de este tipo de trámites, el principal criterio que debe atenderse es el de la idoneidad, es decir, la capacidad efectiva de las medidas para atender o mitigar el riesgo identificado;[126] 6) insistir en la obligación que le asiste al juez transicional de realizar todos los esfuerzos posibles para obtener información sobre las condiciones de las víctimas, intervinientes especiales ante la JEP, que solicitan medidas cautelares de protección, como una forma de garantizar su centralidad;[127] 7) precisar que la participación en la JEP que da lugar a la adopción de medidas cautelares de protección es aquella que va más allá de la presentación de informes ante la SRVR y se concreta en la intervención en los trámites por la calidad procesal que se ostenta, en tanto compareciente, interviniente especial, apoderado judicial o testigo, o por el propósito concreto de participar, debidamente acreditado;[128] 8) clarificar que las providencias que resuelven sobre medidas cautelares deben ser adoptadas en colegiatura, bajo el entendido de que se trata de decisiones complejas que requieren del ejercicio deliberativo, sin perjuicio de que se prevean mecanismos expeditos para resolver casos de extrema gravedad y urgencia.[129]

Las medidas cautelares se plantean como una vía subsidiaria procedente *in extremis* para garantizar la posibilidad de participación plena de una persona en la Jurisdicción. Esta también es la lógica que subyace al trámite de medidas cautelares en favor de los excombatientes de las FARC-EP y sus familias. En la base de esto último se encuentra la difícil realidad que enfrenta dicha población y lo insuficientes que han resultado las vías institucionales para protegerla, situación constatada por la Corte Constitucional en la Sentencia SU-020 de 2022, en la cual se declaró el estado de cosas inconstitucional en materia de aplicación del AFP. En el Auto TP-SA 1057 de 2022, la SA explicó las razones por las que, pese al alegato de la Agencia Nacional para la Reincorporación (ARN), las órdenes que se le dictaron en primera instancia no eran de imposible cumplimiento y, en realidad, resultaban indispensables para evitar perjuicios mayores a los ya ocasionados. Las medidas cautelares adoptadas tenían la pretensión expresa de fomentar una disposición de la ARN que generara mayor confianza institucional por parte de los beneficiarios de los excombatientes de las FARC-EP y sus familias.

Inspirada en la misma lógica de la complementariedad, en una decisión que ordenó avocar conocimiento de una solicitud de medidas cautelares elevada en favor de víctimas acreditadas ante la JEP que podrían ver afectada su participación efectiva en el trámite,[130] por las condiciones presentes en cuatro

[126] JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, autos TP-SA 1385 y 1450 de 2023.
[127] JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 1437 de 2023.
[128] JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 1441 de 2023.
[129] JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 1496 de 2023.
[130] JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 1437 de 2023.

municipios y dos capitales de departamento, la SA señaló la posibilidad de que eventualmente pudieran adoptarse medidas generales o estructurales de protección que vincularan "mediante un ejercicio de coordinación interinstitucional o interagencial –liderado por la magistratura de la JEP– a diversas entidades públicas […] en aras de la destinación racional de los recursos disponibles".

La complementariedad encuentra un escenario de aplicación privilegiado cuandoquiera que los trámites cautelares se relacionan con las actividades misionales de otros componentes del SIP. Así, en un asunto en el que las competencias judiciales de la JEP en materia de acopio probatorio sobre casos de ejecuciones extrajudiciales y desapariciones forzadas se superponían a las atribuciones extrajudiciales de la Unidad de Búsqueda de Personas Dadas por Desaparecidas (UBPD), la SA, en la línea trazada en el Auto TP-SA 714 de 2021, señaló que "la atribución de la JEP para proferir medidas cautelares no tiene por objeto facilitar el ejercicio de las funciones de los componentes extrajudiciales del [SIP] sino contribuir al logro de los fines de esta Jurisdicción, entre los que se encuentran la satisfacción de los derechos de las víctimas".[131] No obstante, precisó que, en virtud de este último objetivo, existían circunstancias en las que resultaba indispensable proferir medidas cautelares que implicaran una adecuada armonización de las competencias de distintas entidades del sistema en aras de garantizar la coherencia interna y externa de los distintos mecanismos de justicia transicional.

El ejemplo más significativo de la complementariedad que opera en esta materia es el expuesto en el Auto TP-SA 1385 de 2023, en donde se precisó que la JEP solo puede proteger a quienes participan o tienen el propósito concreto de intervenir en los procesos transicionales, siempre y cuando estén expuestos a riesgos que guarden "una íntima relación con la participación en el trámite transicional". Es decir, los que 1) se originan directamente en la participación en la JEP; 2) se causan principalmente por dicha participación, teniendo distintos orígenes; y 3) tienen por efecto impedir o anular la participación, aunque provenientes de circunstancias exógenas, incidencia que no puede presumirse, sino que debe encontrarse debidamente acreditada.

Esta precisión parte del diseño institucional que, por regla general, pone en cabeza de la Unidad Nacional de Protección (UNP) la atención de las personas sometidas a riesgos extraordinarios o extremos, por lo que la intervención de la JEP solo se justifica cuandoquiera que dichos riesgos tienen por efecto impedir la participación en los trámites ante la Jurisdicción o cuando se originan específica o principalmente en los trámites transicionales. Se concluyó que fue para estos últimos casos que se contempló el reforzamiento de la oferta institucional preexistente en materia de protección, a través de la UIA. Cuando se trata de

[131] JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 1005 de 2021.

riesgos principalmente asociados a la participación en la justicia transicional, las órdenes pueden dirigirse tanto a la UIA como a la UNP, según criterios de idoneidad, necesidad y eficacia; en cambio, cuando los riesgos son exógenos e impiden la participación, las órdenes cautelares que profiera la JEP deben estar dirigidas a la UNP, respetando por supuesto su autonomía técnica y funcional. Es indudable que estos escenarios, en particular el último, suponen un relacionamiento colaborativo de las diferentes entidades implicadas. De la adecuada concreción de dicha colaboración depende la oportunidad e idoneidad de las respuestas institucionales que se brinden a las personas en situaciones de riesgo extraordinario o extremo.

En esa línea, en el Auto TP-SA 1450 de 2023, la SA insistió en la necesidad de potenciar el carácter técnico de la intervención de la UIA en materia de medidas de protección, para lo cual estimó pertinente que, a partir de la presentación de un informe realizado por la misma Unidad, el Órgano de Gobierno revisara integralmente los procedimientos y las metodologías hasta ahora adoptados de cara a, entre otros, mejorar los modos de relacionamiento existentes entre esa Unidad y la UNP para el ejercicio de sus competencias respectivas.

Mecanismos transicionales para impulsar o definir la situación jurídica

La JEP debe definir la situación jurídica de las personas que comparecen ante ella, y le corresponde hacerlo a través de decisiones que otorguen seguridad jurídica a quienes participaron en la confrontación bélica, pero que también protejan los derechos de las víctimas. La senda para llegar a ello no está exenta de dificultades conceptuales. En esta oportunidad se abordarán cuatro cuestiones orientadas a llevar a término los procedimientos transicionales de su competencia y cumplir con su objeto. En primer lugar, se describirán algunos aspectos relacionados con la calificación jurídica propia; luego, se mostrará lo relativo al beneficio transicional definitivo de la renuncia a la persecución penal (RPP); después, se presentará otro tratamiento penal especial definitivo denominado extinción de la responsabilidad por cumplimiento de la sanción (ERCS); y, a continuación, se mirarán aspectos de la acción de revisión transicional.

Calificación jurídica propia

También llamada recalificación jurídica, es una facultad especial normada en el inciso 6 del artículo 5 transitorio constitucional (Acto Legislativo 01/17) y en los incisos 1 y 2 del artículo 23 de la Ley 1957 de 2019. Habilita a las salas y secciones de la JEP a apartarse de la calificación jurídica que la justicia ordinaria hubiera realizado sobre los hechos delictivos, normalmente centrada en las disposiciones del Código Penal. En su lugar, esta potestad permite determinar, a partir de un marco jurídico holístico e integral, las categorías legales que permitan una

descripción, valoración y explicación más adecuada de los fenómenos criminales propios de un contexto de CANI, teniendo en cuenta su carácter diferenciado, y que contribuyan a materializar los fines de la transición.

La calificación propia parte de las fuentes normativas que, a partir del criterio de especialidad, se adecuan mejor a las conductas valoradas por esta Jurisdicción Especial, lo que no implica desconocer el derecho nacional. Entre los enunciados normativos aplicables se incluye el DIH, el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho penal internacional. También se vinculan la costumbre internacional y los pronunciamientos de los tribunales internacionales. Con estas fuentes, a diferencia de la clasificación nominal utilizada por el Código Penal colombiano,[132] es posible evidenciar la seriedad y la gravedad de las conductas, especialmente cuando estas constituyen crímenes internacionales, tales como crímenes de guerra o delitos de lesa humanidad. En el Auto TP-SA 1013 de 2021, se sostuvo que la seriedad o la gravedad de la conducta puede fundamentarse en: 1) el catálogo de graves infracciones a los Convenios de Ginebra de 1949 y su Protocolo Adicional I, que deben ser judicializadas y penadas, y que corresponden al derecho consuetudinario; 2) las prohibiciones expresas en los conflictos armados no internacionales contenidas en el artículo 3 común de los Convenios de Ginebra y los artículos 4.2 y 13.2 del Protocolo Adicional II; 3) el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional;[133] y 4) las decisiones de los tribunales internacionales en relación con las infracciones al DIH como crimen de guerra.

La calificación se entiende en sentido amplio o estricto. La primera se refiere a la aproximación general o global de los hechos sometidos a esta Jurisdicción que exhiba su verdadero alcance y lesividad; ello permite ajustar o formular nuevas imputaciones. La segunda corresponde a la variación de la tipicidad o del título de imputación de la conducta. Cuando es manifiesta la mejor lectura de un evento a través de otra categoría jurídica, esta puede ser aplicada por medio de una simple subsunción contenida en una decisión unipersonal; no así cuando la adecuación jurídica no es evidente, sino compleja. En este caso, el ejercicio hermenéutico debe materializarse en una decisión colegiada.

En relación con el principio de favorabilidad, la SA ha sostenido, en los autos TP-SA 1013 de 2021 y TP-SA 1187 de 2022, que la calificación jurídica aplica tanto para el compareciente, con el fin de garantizar la seguridad jurídica en la definición de su situación, como en favor de las víctimas, en función de sus derechos a la justicia y la verdad individual y de la sociedad colombiana. Sin embargo, frente al compareciente, la favorabilidad no se limita a una cuestión

[132] Ley 599 de 2000, Libro Segundo, Título II, Capítulo Único.

[133] Sí es posible su aplicación directa, conforme a la vigencia de estas disposiciones; o en la medida en la que el Estatuto sea, en realidad, un reflejo de la costumbre internacional.

de la interpretación más favorable de aplicación del derecho en el tiempo debido a un cambio normativo o a "la que más le convenga", sino a la preferencia de la disposición legal más especial entre las que regulan la conducta. Cuando el hecho muestra una extrema lesividad contra los "más altos principios y valores de la humanidad", su recalificación como crimen internacional no vulnera la favorabilidad ni las garantías procesales del compareciente, ya que el proceso transicional es también una manifestación de la lucha contra la impunidad.

Frente a personas con condenas en firme, la recalificación respeta el *non bis in idem*, porque, por regla general, la competencia de la JEP exige procesar los hechos previamente judicializados. Ello es necesario y compatible con la adjudicación de beneficios transicionales como la sustitución o extinción de la sanción, la revisión de la sentencia o el indulto, en cuya labor no se busca verificar o desvirtuar responsabilidades preestablecidas o imponer responsabilidades adicionales, sino ofrecer al interesado un tratamiento penal *a priori* más beneficioso. Incluso, como se desarrolló en el Auto TP-SA 1086 de 2022 y luego se verá, esta institución tiene cabida como causal dentro de la acción de revisión transicional.

En el caso de sometimiento de terceros civiles que hayan creado y promovido grupos armados ilegales, la SA reiteró, en el Auto TP-SA 1187 de 2022, que la labor de recalificación puede ejercerse desde el inicio del trámite. Este desarrollo jurisprudencial ha sido aplicado en casos que involucran a antiguos integrantes de la Fuerza Pública y en casos de terceros civiles conocidos por la SDSJ. En el Auto TP-SA 1013 de 2021, la SA recalificó los delitos de concierto para delinquir agravado y homicidio en persona protegida establecidos en una sentencia condenatoria proferida por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia contra un excoronel y antiguo comandante de un batallón. Los hechos fueron considerados crímenes de guerra y delitos de lesa humanidad por su gravedad. Por tanto, se definió su imprescriptibilidad.

En los autos TP-SA 1186 y TP-SA 1187 de 2022, relacionados con el sometimiento de dos terceros civiles con posición de poder o dominio en la creación y consolidación de la estructura armada ilegal autodenominada Autodefensas Unidas de Colombia (AUC) y varios de sus bloques, condenados por concierto para delinquir agravado y por múltiples delitos, se estableció, desde una recalificación en sentido amplio, que el tipo penal común de concierto para delinquir era insuficiente para describir adecuadamente la magnitud de las acciones criminales cometidas tanto en la conformación del grupo armado como en sus actividades posteriores. En cambio, con base –esencialmente– en las aproximaciones del Tribunal Militar Internacional de Núremberg, se estimó que las conductas se dimensionaban mejor si se consideraba a estas personas como máximos responsables. De este modo se cobijaban el acto fundacional de la organización y los actos ejecutados en su despliegue. Además, los hechos –por

cierto imprescriptibles– podrían tratarse como patrones de macrocriminalidad, pues resultaba evidente que se había desarrollado un plan o política dirigida a la comisión de delitos graves y sistemáticos.

Renuncia a la persecución penal

Este tratamiento especial definitivo permite a la SDSJ finiquitar la situación legal de los comparecientes a partir de mecanismos no sancionatorios, cuya aplicación responde a circunstancias diferenciadas. La SA precisó y distinguió tres supuestos de aplicación en la Sentencia TP-SA-RPP 230 de 2021. El primero encuentra su regulación en los artículos 46 y 47, inciso 3, de la Ley 1820 de 2016, y en el artículo 45 de la Ley 1957 de 2019. Se aplica como expresión de un tratamiento equitativo, equilibrado, simultáneo, diferenciado en algunos aspectos, pero simétrico en otros, en favor de los agentes del Estado integrantes de la Fuerza Pública condenados, procesados o señalados de delitos que no se consideran graves ni representativos (*i. e.* amnistiables).

El siguiente supuesto ampara los delitos cometidos por personas menores de 18 años en el marco del CANI, quienes, según el artículo 64 de la Ley 1957 de 2019, "no serán responsables penalmente". En esta situación particular, la SA recordó que, de acuerdo con la Sentencia C-007 de 2018 de la Corte Constitucional, los niños, niñas y adolescentes reclutados son víctimas, y que un tratamiento penal especial como la RPP respeta los estándares nacionales e internacionales. Según el numeral 10 del artículo 28 de la Ley 1820 de 2016, la SDSJ es la responsable de definir la situación jurídica frente a estos delitos de manera oficiosa o a petición de parte. El acceso y el mantenimiento de este beneficio, incluso cuando no se ha alcanzado la mayoría de edad, también está sujeto al cumplimiento de un RC.

El último supuesto está reglamentado en el artículo transitorio 66 de la Constitución Política, en los artículos 30 (1), 31 y 32 de la Ley 1820 de 2016, en el artículo 49, inciso 6, de la Ley 1922 de 2018, y en los artículos 19, 79 (p) y 84 (a, e y h) de la Ley 1957 de 2019. Tiene el alcance de beneficiar a los comparecientes que tuvieron una participación no determinante en graves delitos relacionados con violaciones de los derechos humanos o infracciones graves del DIH, siempre y cuando la SRVR, en ejercicio de su facultad de selección, no los hubiera incluido entre los máximos responsables que deben ir a juicio ante el Tribunal para la Paz.

En la Senit 5 de 2023, la SA precisó el trámite por seguir en relación con los partícipes no determinantes no seleccionados por la SRVR. Allí se definieron tres criterios:

1. Quienes aportaron verdad y reconocieron responsabilidad pueden ser beneficiados con la RPP o con algún otro de los mecanismos no sancionatorios.

2. Quienes aportaron verdad insuficiente y no reconocieron responsabilidad podrán: a) recibir la RPP u otro mecanismo, siempre que la SDSJ establezca la falta de pruebas que comprometan su responsabilidad y que, además, han cumplido con el RC; b) ser seleccionados por la SDSJ para responder, en un juicio adversarial, ante el Tribunal para la Paz, por los crímenes más graves y representativos conforme con los patrones de macrocriminalidad; y c) ser expulsados de la JEP, cuando se ha establecido una conducta fraudulenta frente a los compromisos del RC, de acuerdo con los derroteros de la Sentencia Interpretativa TP-SA Senit 4 de 2023.
3. Quienes no aportaron verdad ni reconocieron responsabilidad, y mantuvieron una actitud reticente, deberán enfrentar un IIRC para definir si sus casos regresan a la jurisdicción ordinaria. Si la negativa a la RPP resuelve de fondo y de manera integral la situación jurídica ante la JEP, se ha de prescindir del incidente mencionado, porque el proceso habría finalizado. En este supuesto, la negación del beneficio definitivo supone el decaimiento de los provisionales.

Extinción de la responsabilidad por cumplimiento de la sanción

La implementación del proceso transicional ha abordado casos de comparecientes voluntarios u obligatorios que pretenden acceder a los beneficios transicionales, por ser estos tratamientos penales más favorables. Sin embargo, en el interregno entre la solicitud de sometimiento y los pronunciamientos de los órganos de la JEP, ha sobrevenido el cumplimiento del tiempo de la pena impuesta en la justicia ordinaria. Este hecho, que desde el régimen ordinario permitiría configurar la extinción de la condena por pena cumplida, adquiere un carácter especial en la justicia transicional.

En la Sentencia TP-SA 253 de 2021, la SA resaltó la diferencia entre, por un lado, los mecanismos ordinarios que, como la extinción de la condena por pena cumplida, finalizan la exigibilidad de una sanción (Ley 599 de 2000, art. 67,); y, por el otro, el tratamiento penal transicional conocido como extinción de responsabilidad por cumplimiento de la sanción (Ley 1820 de 2016, art. 31; Ley 1957 de 2019, art. 32). Así, la primera figura extingue exclusivamente la condena impuesta por el juez penal ordinario. La segunda, la transicional, por ser un tratamiento penal definitivo, también suprime las responsabilidades administrativas –incluidas las penas pecuniarias–, solo que, para ello, debe verificarse la satisfacción de las obligaciones ante el SIP.

La ERCS se concede en la etapa final del trámite transicional, no de manera preliminar. Ante esta característica, y el advenimiento coyuntural del cumplimiento de la pena, la SA ha reiterado que la JEP mantiene la competencia en estos asuntos y, por lo tanto, la solicitud de libertad por pena cumplida debe resolverse a través de la normatividad y los procedimientos transicionales. De

este modo se evita que las fórmulas de la justicia ordinaria se apliquen a –y prevalezcan– sobre quienes ya están sometidos a un régimen especial de contribución activa al proceso transicional-restaurativo.

En términos operativos, en el Auto TP-SA 1447 de 2023, la SA definió un mecanismo de articulación interjurisdiccional entre la justicia penal ordinaria y la transicional para el reconocimiento de la libertad a través de los mecanismos transicionales por el cumplimiento de la pena impuesta en la jurisdicción ordinaria. Esta vía, de naturaleza extraordinaria, permite efectivizar el amparo inmediato de la libertad mediante la articulación práctica y funcional, que en todo caso observa la prevalencia de la JEP. Este mecanismo se debe activar siempre que confluyan tres circunstancias: primero, que se pida la libertad por haberse cumplido la pena; segundo, que la JEP haya aceptado la competencia prevalente el caso; y tercero, que en la justicia penal ordinaria el proceso se encuentre suspendido.

Revisión transicional

La normatividad transicional introdujo el mecanismo de la revisión de sentencias o decisiones en firme en casos relacionados con el CANI (Acto Legislativo 01 de 2017, art. transitorio 10; Ley 1922 de 2018, art. 52 [a]; Ley 1957/19, art. 97 [b y c]). También denominada jurisprudencialmente como *acción de revisión transicional*, tiene una finalidad que supera el interés principal del compareciente de dejar sin efectos las decisiones legales en su contra, para maximizar los fines y propósitos de la transición misma, tales como: 1) la centralidad de las víctimas, 2) el esclarecimiento de la verdad plena, 3) evitar la impunidad de crímenes internacionales cuando la responsabilidad ha sido asignada de manera incorrecta o insuficiente; 4) el cierre del conflicto a través de una paz estable y duradera.[134]

La revisión transicional solo puede solicitarla la persona reconocida como compareciente ante esta Jurisdicción y en relación con las conductas sobre las que se aceptó su sometimiento, quien debe demostrar la existencia de los hechos y las pruebas sobrevinientes que no se conocían en el momento de adoptarse la providencia objeto de revisión y que llevarían a la SR a dejarla sin efectos.[135] En el Auto TP-SA 1086 de 2022, la SA precisó que la revisión transicional puede versar sobre el tipo penal o sobre el título de imputación de responsabilidad, y que podría ser solicitada por el compareciente que alega inocencia o por el que, aunque reconoce responsabilidad, pide una variación favorable en el título de imputación.

Conforme a la regulación transicional de la revisión, la jurisprudencia se ha referido al juicio de admisibilidad y al examen de fondo de la solicitud. En

[134] Por los fines transicionales de este mecanismo, la SA ha resaltado que difiere de la revisión en el derecho común.

[135] Cfr. JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, autos TP-SA 861 de 2021, TP-SA 1220, TP-SA 1259 de 2022 y TP-SA 1329 de 2023.

el primero se analizan únicamente los requisitos formales y materiales. En esta etapa no son aplicables las restricciones del régimen general en relación con subsanar la solicitud, por existir regulación propia. Así, mientras la normatividad común no permite adicionar causales o pruebas en el escrito que subsana la petición, la normatividad transicional no lo prohíbe y, por lo tanto, tal actuación es posible. Por otra parte, el memorial que pide la revisión debe presentar, conforme a la carga argumentativa y demostrativa, una razonable idoneidad material para cumplir con su finalidad. Por ello, no ha de fundarse en consideraciones abstractas, sino en razones precisas acerca de cómo incide, por ejemplo, un hecho nuevo en el caso específico.[136] En cuanto al juicio de fondo, se ha indicado la necesidad de interpretar de una forma más abierta las causales de revisión, de manera tal que el contexto de violencia interna sea considerado en la valoración de la hipótesis que se formula a partir los nuevos hechos y pruebas.

Conclusiones

En la edición previa de este artículo se indicó que los desarrollos conceptuales tenían vocación de transformarse en el curso de la labor de la SA y que posiblemente se ajustarían cada vez más rápido. Estos vaticinios se han cumplido en buena medida. El órgano de cierre hermenéutico de la JEP ha enfrentado los desafíos interpretativos derivados del conocimiento de asuntos nuevos y con particularidades fácticas que previamente no había podido considerar. Así, ha puesto a prueba y constatado la vigencia y operatividad de sus criterios inaugurales o, también, su ineficacia. Sin embargo, el verdadero reto conceptual ha estado en la verificación de la coherencia y consistencia de sus productos hermenéuticos para lo que se avecina masivamente: la definición de la situación jurídica de los comparecientes y la imposición de las sanciones especiales. Esa particular circunstancia ha generado nuevas controversias interpretativas de lo que la SA ha venido resolviendo particularmente en este periodo de análisis.

Este trabajo es muestra fehaciente de que la jurisprudencia de la SA es dinámica y está en constante evolución. Se trata de un periodo de producción en el que las tesis inaugurales, afirmadas al inicio de operación de la JEP y bajo fuentes normativas incipientes e inéditas, se han revisitado en múltiples oportunidades al punto de consolidarse un tanto más o, por el contrario, ajustarse, abandonarse o modificarse sensiblemente. También se han efectuado nuevos

[136] En esta línea, en el Auto TP-SA 1086 de 2022, la SA reconoció que el artículo transitorio 24 del Acto Legislativo 01 de 2017, el cual incluyó un nuevo tipo de imputación de responsabilidad por el mando, constituía un hecho jurídico nuevo. Esto se debe a que esta disposición, al ser posterior al momento de los hechos, podría resultar trascendente en la manera de valorar la responsabilidad del comandante de una brigada del Ejército condenado como autor de los delitos de homicidio y secuestro agravados en la modalidad de comisión por omisión impropia.

desarrollos interpretativos en el contexto operacional actual de esta justicia transicional y de cara a sus necesidades más próximas.

La complejidad del conflicto y el trabajo responsable como órgano de cierre hermenéutico han hecho que la SA asuma una labor evaluativa y proactiva frente a sus propias interpretaciones, como es debido. De ello dan muestra la síntesis de la evolución jurisprudencial condensada en esta versión del trabajo, sobre los factores de competencia personal y material, en especial la incorporación de aquellos de funcionario *de facto* y sujeto funcional y materialmente incorporado a la Fuerza Pública, así como las precisiones jurisprudenciales en relación con la facultad de la SAI para ordenar la incorporación de exintegrantes de las FARC-EP en los listados de acreditados ante la OACP, y las múltiples cuestiones acerca de las restricciones a los comparecientes para viajar y salir del país, entre otros temas descritos. También los nuevos avances sobre el RC y la participación de las víctimas, cuyos desarrollos conceptuales buscan maximizar los derechos de las víctimas, aunque sin incurrir en idealismos que, a su turno, ocasionen expectativas que la JEP no podrá satisfacer. La suspensión de actuaciones en la jurisdicción ordinaria o, más bien, el relevo competencial entre esta y la JEP, es un asunto de gran importancia interpretativa. Se trata de establecer la mejor manera posible en la que distintos componentes del Estado pueden aunar esfuerzos para cumplir con la obligación nacional y convencional de combatir la impunidad. Las medidas cautelares han exigido claridades conceptuales de gran valor. Constituyen una potestad especial que el legislador atribuyó a esta justicia transicional. En tanto facultad distintiva, definir su alcance y sus presupuestos de aplicación es un verdadero desafío hermenéutico. Por último, los desarrollos interpretativos respecto de los instrumentos para el impulso y la definición de la situación jurídica de los comparecientes atestiguan el momento procesal actual de la JEP, así como el particular interés por alentar el buen cierre de las actuaciones transicionales ya maduras y promover decididamente las desplegadas recientemente.

En definitiva, todo el esfuerzo conceptual mostrado, y el que está actualmente en curso en la JEP, es el más determinante para el logro de los objetivos de esta justicia transicional. Se trata de un punto de inflexión entre las construcciones jurisprudenciales inaugurales y las que serán útiles y determinantes en una etapa jurisdiccional crucial. Solo si el trabajo hermenéutico es lo suficientemente coherente y consistente, y si también logra ser dinámico y evolucionar a la velocidad adecuada para responder a las nuevas problemáticas interpretativas derivadas de los procedimientos transicionales ahora maduros, así como a los novedosos que se pusieron en marcha, es que será verdaderamente apto y las salas y secciones podrán valerse de él. Si ello se logra, además, se podrá garantizar el debido proceso de los comparecientes y, lo que no es menor, se preservará la legitimación y el reconocimiento de la JEP como una de las

autoridades referentes en el servicio público esencial de administrar justicia transicional restaurativa.

Bibliografía

Asamblea Nacional Constituyente, Constitución Política de la República de Colombia, *Gaceta Constitucional* 116 del 20 de julio de 1991. Disponible en: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html.

Comisión de Participación Étnica de la JEP, *Guía para la realización de notificaciones y comunicaciones con pertinencia étnica y cultural*, Bogotá, JEP, 2019.

Gobierno Nacional y FARC-EP, *Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera*, Bogotá, D.C., Gobierno Nacional, 24 de noviembre de 2016. Disponible en: https://www.jep.gov.co/Marco%20 Normativo/Normativa_v2/01%20ACUERDOS/Texto-Nuevo-AcuerdoFinal.pdf?csf=1&e=0fpYA0.

JEP y Fiscalía General de la Nación, "Acuerdo de cooperación contra la impunidad", 10 de octubre de 2022. Disponible en: https://www.jep.gov.co/Sala-de-Prensa/Paginas/JEP-Fiscalia-suscriben-acuerdo-cooperacion-contra-impunidad.aspx#:~:text=Bogot%C3%A1%2C%2010%20de%20octubre%20de,del%20conflicto%20armado%20quede%20impune.

JEP y Procuraduría General de la Nación, "Acuerdo de cooperación para optimizar las actuaciones judiciales", 3 de noviembre de 2022. Disponible en: https://www.jep.gov.co/Sala-de-Prensa/Paginas/JEP-Procuraduria-acuerdo-cooperacion-optimizar-actuaciones-judiciales.aspx

Melzer, Nils, *Guía para interpretar la noción de participación directa en las hostilidades según el Derecho Internacional Humanitario*, Ginebra, Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), 2020.

Rojas Betancourth, Danilo, "El reto conceptual en la Jurisdicción Especial para la Paz. Reflexiones a partir de los desarrollos jurisprudenciales de la Sección de Apelación del Tribunal para la Paz (junio 2018-junio 2019)", en Danilo Rojas Betancourth (ed.), *La JEP vista por sus jueces*, Bogotá, Jurisdicción Especial para la Paz, 2020. Disponible en: https://www.jep.gov.co/Documents/LA%20JEP%20VISTA%20POR%20SUS%20JUEVES.pdf.

Rojas Betancourth, Danilo, "El reto conceptual en la Jurisdicción Especial para la Paz. La evolución de la jurisprudencia de la Sección de Apelación del Tribunal para la Paz (julio de 2019-mayo de 2021)", en Danilo Rojas Betancourth (ed.), *La JEP vista por sus jueces*, Bogotá, Jurisdicción Especial para la Paz, 2022. Disponible en: https://www.jep.gov.co/Documents/LA%20JEP%20VISTA%20POR%20SUS%20JUECES.pdf.

Jurisprudencia

Congreso de la República de Colombia, Ley 600 de 2000, Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal, *Diario Oficial* 44.097 del 24 de julio de 2000. Disponible en: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0600_2000.html.

Congreso de la República de Colombia, Ley 906 de 2004, Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal, *Diario Oficial* 45.658 del 1 de septiembre de 2004. Disponible en: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0906_2004.html.

Congreso de la República de Colombia, Ley 1448 de 2011, Por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones, *Diario Oficial* 48.096 del 10 de junio de 2011. Disponible en: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1448_2011.html.

Congreso de la República de Colombia, Ley 1820 de 2016, Por medio de la cual se dictan disposiciones sobre amnistía, indulto y tratamientos penales especiales y otras disposiciones, *Diario Oficial* 50.102 del 30 de diciembre de 2016. Disponible en: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1820_2016.html.

Congreso de la República de Colombia, Acto Legislativo 01 de 2017, 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, *Diario Oficial* 43.201 del 4 de abril de 2017. Disponible en: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/acto_legislativo_01_2017.html.

Congreso de la República de Colombia, Ley 1922 de 2018, Por medio de [la] cual se adoptan unas reglas de procedimiento para la Jurisdicción Especial para la Paz, *Diario Oficial* 50.658 del 18 de julio de 2018. Disponible en: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1922_2018.html.

Congreso de la República de Colombia, Ley 1957 de 2019, Estatutaria de la Administración de Justicia en la Jurisdicción Especial para la Paz, *Diario Oficial* 50.976 del 6 de junio 2019. Disponible en: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1957_2019.html.

Presidencia de la República, Decreto 277 de 2017, Por el cual se establece el procedimiento para la efectiva implementación de la Ley 1820 del 30 de diciembre de 2016 "por medio de la cual se dictan disposiciones sobre amnistía, indulto y tratamientos penales especiales y otras disposiciones", *Diario Oficial* 50.150 del 17 de febrero de 2017. Disponible en: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/decreto_0277_2017.html.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-674 del 14 de noviembre de 2017, M. P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.
Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-007 del 1 de marzo de 2018, M. P. Diana Fajardo Rivera.
Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-025 del 11 de abril de 2018, M. P. José Fernando Reyes Cuartas.
Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-080 del 15 de agosto de 2018, M. P. Antonio José Lizarazo Ocampo.
Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU-020 del 27 de enero de 2022, M. P. Cristina Pardo Schlesinger.
JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 19 del 21 de agosto de 2018.
JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 20 del 21 de agosto de 2018.
JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 33 del 21 de septiembre de 2018.
JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 46 del 9 de octubre de 2018.
JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 37 del 17 de octubre de 2018.
JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 61 del 13 de noviembre de 2018.
JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 64 del 13 de noviembre de 2018.
JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 74 del 4 de diciembre de 2018.
JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 73 del 13 de diciembre de 2018.
JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 110 del 30 de enero de 2019.
JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 117 del 13 de febrero de 2019.
JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 130 del 20 de marzo de 2019.
JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 140 del 10 de abril de 2019.
JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 144 del 10 de abril de 2019.
JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 171 del 8 de mayo de 2019.

JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 199 del 11 de junio de 2019.
JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 124 del 19 de junio de 2019.
JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 224 del 11 de julio de 2019.
JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 252 del 6 de agosto de 2019.
JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 271 del 4 de septiembre de 2019.
JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 281 del 11 de septiembre de 2019.
JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 286 del 11 de septiembre de 2019.
JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 288 del 13 de septiembre de 2019.
JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 289 del 13 de septiembre de 2019.
JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 279 del 9 de octubre de 2019.
JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 322 del 9 de octubre de 2019.
JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 345 del 13 de noviembre de 2019.
JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 269 del 28 de noviembre de 2019.
JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 330 del 18 de diciembre de 2019.
JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 401 del 13 de enero de 2020.
JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 430 del 22 de enero de 2020.
JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 496 del 26 de febrero de 2020.
JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 490 del 22 de abril de 2020.
JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 548 del 22 de abril de 2020.
JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 509 del 28 de mayo de 2020.

JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 550 del 28 de mayo de 2020.
JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 565 del 15 de julio de 2020.
JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 540 del 22 de julio de 2020.
JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 588 del 22 de julio de 2020.
JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 591 del 29 de julio de 2020.
JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 598 del 2 de septiembre de 2020.
JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 605 del 16 de septiembre de 2020.
JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 607 del 16 de septiembre de 2020.
JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 642 del 19 de noviembre de 2020.
JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 661 del 10 de diciembre de 2020.
JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 667 del 16 de diciembre de 2020.
JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 706 del 27 de enero de 2021.
JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 714 del 27 de enero de 2021.
JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 702 del 3 de marzo de 2021.
JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 767 del 25 de marzo de 2021.
JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 770 del 25 de marzo de 2021.
JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 795 del 21 de abril de 2021.
JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 837 del 2 de junio de 2021.
JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 849 del 17 de junio de 2021.
JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 859 del 28 de julio de 2021.

JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 861 del 30 de junio de 2021.
JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 870 del 8 de julio de 2021.
JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 903 del 19 de agosto de 2021.
JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 913 del 25 de agosto de 2021.
JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 923 del 8 de septiembre de 2021.
JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 993 del 1 de diciembre de 2021.
JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 1005 del 15 de diciembre de 2021.
JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 1013 del 22 de diciembre de 2021.
JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 1028 del 26 de enero de 2022.
JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 1036 del 16 de febrero de 2022.
JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 1051 del 16 de febrero de 2022.
JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 1057 del 23 de febrero de 2022.
JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 1062 del 2 de marzo de 2022.
JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 1063 del 2 de marzo de 2022.
JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 1064 del 2 de marzo de 2022.
JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 1077 del 16 de marzo de 2022.
JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 1084 del 24 de marzo de 2022.
JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 1086 del 24 de marzo de 2022.
JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 1087 del 30 de marzo de 2022.
JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 1116 del 4 de mayo de 2022.

JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 1125 del 11 de mayo de 2022.
JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 1136 del 2 de junio de 2022.
JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 1140 del 2 de junio de 2022.
JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 1147 del 8 de junio de 2022.
JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 1160 del 5 de julio de 2022.
JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 1170 del 7 de julio de 2022.
JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 1178 del 13 de julio de 2022.
JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 1179 del 13 de julio de 2022.
JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 1182 del 21 de julio de 2022.
JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 1184 del 21 de julio de 2022.
JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 1186 del 21 de julio de 2022.
JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 1187 del 21 de julio de 2022.
JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 1199 del 10 de agosto de 2022.
JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 1215 del 31 de agosto de 2022.
JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 1216 del 31 de agosto de 2022.
JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 1220 del 7 de septiembre de 2022.
JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 1221 del 7 de septiembre de 2022.
JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 1228 del 14 de septiembre de 2022.
JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 1229 del 14 de septiembre de 2022.
JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 1230 del 14 de septiembre de 2022.

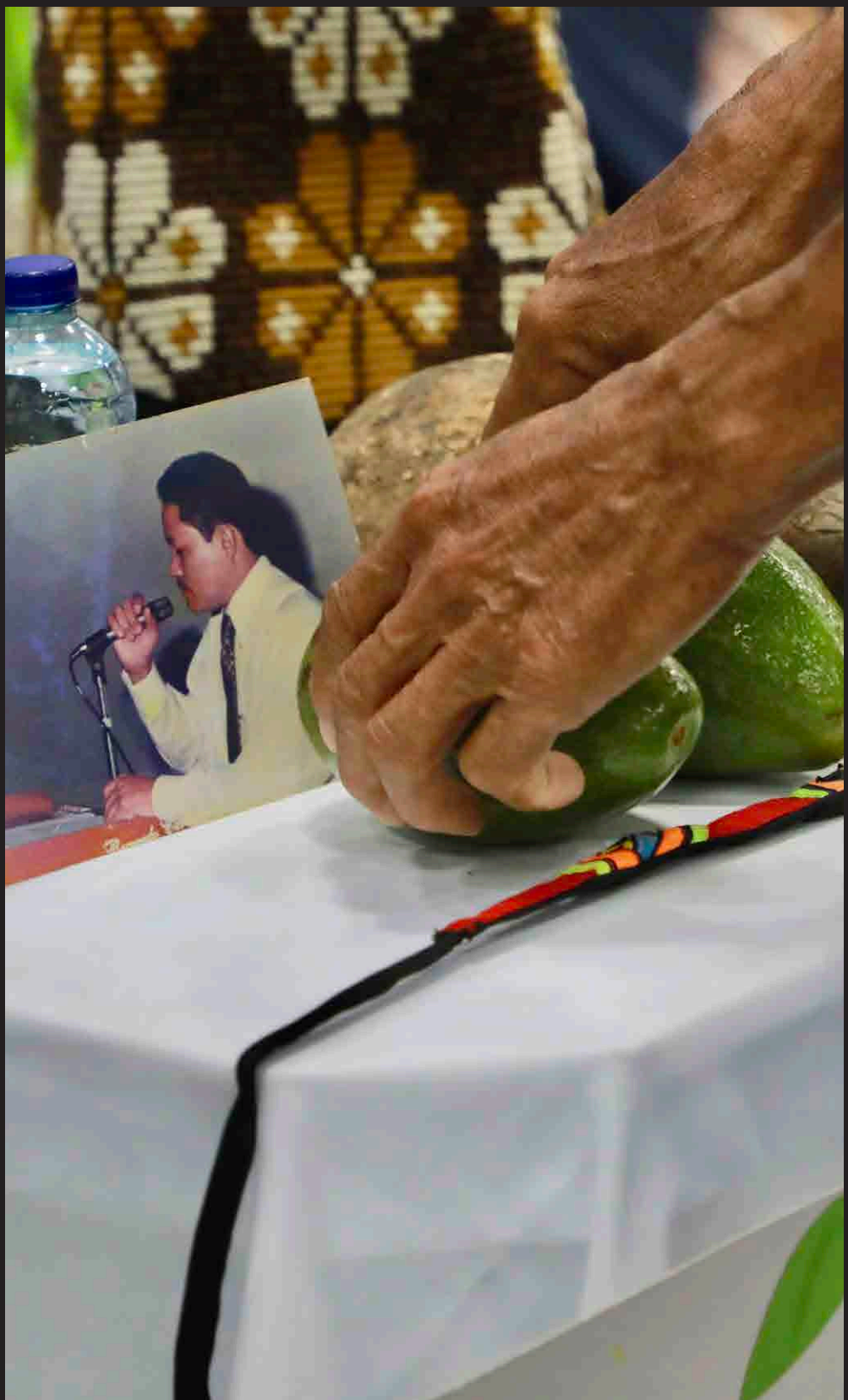
JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 1241 del 28 de septiembre de 2022.
JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 1248 del 28 de septiembre de 2022.
JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 1250 del 5 de octubre de 2022.
JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 1256 del 12 de octubre de 2022.
JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 1259 del 12 de octubre de 2022.
JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 1264 del 20 de octubre de 2022.
JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 1267 del 20 de octubre de 2022.
JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 1270 del 2 de noviembre de 2022.
JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 1274 del 2 de noviembre de 2022.
JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 1290 del 17 de noviembre de 2022.
JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 1292 del 17 de noviembre de 2022.
JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 1299 del 20 de noviembre de 2022.
JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 1303 del 7 de diciembre de 2022.
JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 1305 del 7 de diciembre de 2022.
JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 1306 del 15 de diciembre de 2022.
JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 1315 del 29 de diciembre de 2022.
JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 1319 del 29 de diciembre de 2022.
JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 1321 del 29 de diciembre de 2022.
JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 1322 del 29 de diciembre de 2022.
JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 1329 del 12 de enero de 2023.

JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 1331 del 18 de enero de 2023.
JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 1332 del 18 de enero de 2023.
JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 1334 del 18 de enero de 2023.
JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 1336 del 18 de enero de 2023.
JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 1340 del 25 de enero de 2023.
JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 1349 del 1 de febrero de 2023.
JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 1355 del 8 de febrero de 2023.
JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 1357 del 15 de febrero de 2023.
JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 1361 del 22 de febrero de 2023.
JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 1362 del 22 de febrero de 2023.
JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 1366 del 22 de febrero de 2023.
JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 1371 del 1 de marzo de 2023.
JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 1372 del 1 de marzo de 2023.
JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 1376 del 8 de marzo de 2023.
JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 1382 del 15 de marzo de 2023.
JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 1383 del 15 de marzo de 2023.
JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 1392 del 29 de marzo de 2023.
JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 1385 del 12 de abril de 2023.
JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 1401 del 12 de abril de 2023.
JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 1410 del 26 de abril de 2023.

JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 1414 del 4 de mayo de 2023.
JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 1418 del 9 de mayo de 2023.
JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 1427 del 25 de mayo de 2023.
JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 1429 del 25 de mayo de 2023.
JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 1434 del 31 de mayo de 2023.
JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 1437 del 31 de mayo de 2023.
JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 1388 del 7 de junio de 2023.
JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 1441 del 7 de junio de 2023.
JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 1446 del 15 de junio de 2023.
JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 1447 del 15 de junio de 2023.
JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 1449 del 15 de junio de 2023.
JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 1450 del 15 de junio de 2023.
JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 1458 del 28 de junio de 2023.
JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 1462 del 6 de julio de 2023.
JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 1463 del 19 de julio de 2023.
JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 1466 del 19 de julio de 2023.
JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 1470 del 26 de julio de 2023.
JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 1473 del 26 de julio de 2023.
JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 1493 del 30 de agosto de 2023.
JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 1494 del 30 de agosto de 2023.

JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 1496 del 30 de agosto de 2023.
JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 1503 del 13 de septiembre de 2023.
JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Sentencia TP-SA 177 del 15 de julio de 2020.
JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Sentencia TP-SA 221 del 30 de diciembre de 2020.
JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Sentencia TP-SA 226 del 3 de febrero de 2021.
JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Sentencia TP-SA 245 del 20 de mayo de 2021.
JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Sentencia TP-SA 253 del 28 de julio de 2021.
JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Sentencia TP-SA 270 del 15 de diciembre de 2021.
JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Sentencia TP-SA 331 del 12 de enero de 2023.
JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Sentencia TP-SA 354 del 7 de junio de 2023.
JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Sentencia TP-SA 367 del 16 de agosto de 2023.
JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Sentencia TP-SA-AM 108 del 4 de septiembre de 2019.
JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Sentencia TP-SA-AM 130 del 28 de noviembre de 2019.
JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Sentencia TP-SA-AM 143 del 20 de diciembre de 2019.
JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Sentencia TP-SA-AM 273 del 25 de noviembre de 2021.
JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Sentencia TP-SA-RPP 230 del 10 de febrero de 2021.
JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Sentencia Interpretativa TP-SA Senit 1 del 3 de abril de 2019.
JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Sentencia Interpretativa TP-SA Senit 2 del 9 de octubre de 2019.
JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Sentencia Interpretativa TP-SA Senit 3 del 21 de diciembre de 2022.
JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Sentencia Interpretativa TP-SA Senit 4 del 26 de abril de 2023.
JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Sentencia Interpretativa TP-SA Senit 5 del 17 de mayo de 2023.

PARTE 2. INVITADOS ESPECIALES



Fotografía: Isabel Valdés

18

Una lectura de las audiencias de reconocimiento: más allá de los incentivos racionales

‹**MARÍA EMMA WILLS OBREGÓN**› Profesora adjunta, Facultad de Ciencias Sociales, Universidad de los Andes. Investigadora independiente*

Resumen: Este texto analiza las audiencias de reconocimiento que se llevaron a cabo en junio de 2022 para el Macrocaso 01 en la Biblioteca Virgilio Barco de Bogotá. Mientras otros artículos, como el de Orozco, Peralta y Sánchez, se detienen en los incentivos y el proceso dialógico que guían a la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP), estas páginas ponen el énfasis en tres fuerzas históricas configuradoras de las audiencias: 1) unas víctimas que, durante años de lucha contra la impunidad, han desarrollado repertorios potentes para comunicar sus denuncias; 2) la configuración de espacios híbridos de encuentro entre víctimas, funcionarios y expertos en justicia transicional que propician el surgimiento de una imaginación burocrática; y 3) unos escenarios simbólicos que conservan rasgos familiares con la justicia ordinaria, pero que a la vez se abren a innovaciones propicias a dinámicas de rendición de cuentas inéditas, tanto a nivel nacional como internacional.

Palabras clave: audiencias de reconocimiento; reconocimiento de responsabilidades; espacios híbridos; trayectorias burocráticas; imaginación burocrática; escenarios simbólicos.

Abstract: This text analyzes the acknowledgment hearings that took place in June 2022 for Macro-Case 01 at the Virgilio Barco Library in Bogotá. While other articles focus on the incentives and dialogic process that guide the Special Jurisdiction for Peace (JEP), these pages emphasize three historical forces that shape the hearings: 1) victims who, during years of fighting against impunity, have developed powerful repertoires to communicate their claims; 2) the configuration of hybrid meeting spaces between victims, officials and experts in transitional justice that promote the rise of a bureaucratic imagination; and 3) symbolic scenarios that retain familiar features with ordinary justice, but that at the same time are opened to innovations conducive to unprecedented dynamics of accountability, both nationally and internationally.

Keywords: Acknowledgment hearings; accountability; hybrid spaces; bureaucratic trajectories; bureaucratic imagination; symbolic scenarios.

* Quiero agradecer a los siguientes colegas que, con enorme generosidad, leyeron versiones previas de este texto e hicieron sesudos comentarios que contribuyeron indudablemente a mejorarlo: Luis Carlos Sánchez Díaz, Gonzalo Sánchez, María José Álvarez Rivadulla, Helena Urán Bidegain, y la magistrada Julieta Lemaitre Ripoll. También agradezco al lector externo por sus comentarios. Sus aportes, sin lugar a dudas, fueron claves para mejorar el texto. No sobra decir que las ausencias y fallas que aún presente son de mi entera responsabilidad. Aclaro además que estas páginas se beneficiaron de todo el material empírico organizado en Archivos vivos de la JEP. Una cartografía de la justicia transicional, un esfuerzo de catalogación de fuentes audiovisuales de los procesos judiciales que apoyó la Subdirección de Fortalecimiento Institucional de la JEP, y en el que pude trabajar en 2023.

VOLVER A TABLA DE CONTENIDO

En junio de 2022, mientras el país se preparaba para la posesión del primer líder de izquierda electo Presidente de la República, pude asistir a las audiencias de reconocimiento del Macrocaso 01 de la Jurisdicción Especial para La Paz (JEP), "Toma de rehenes, graves privaciones de la libertad y otros crímenes concurrentes cometidos por las FARC-EP", llevadas a cabo en la Biblioteca Virgilio Barco en Bogotá. Luego de asistir presencialmente a estas jornadas extenuantes tanto emocional como intelectualmente, empecé a decantar la idea de que tenía el privilegio de estar presenciando eventos *inéditos*, tanto en términos de la propia trayectoria colombiana como de la de otros países que han sufrido grandes y oprobiosas atrocidades.

En efecto, en esas audiencias, los comparecientes, a diferencia de lo que aconteció en otros procesos judiciales muy sonados,[1] reconocieron públicamente y sin ambages su responsabilidad, se mostraron compungidos por el sufrimiento infligido a las víctimas de este flagelo, pidieron perdón por actos que ellas mismas tildaron de atroces e inhumanos, y se expresaron de manera crítica y reflexiva frente a sus propias decisiones, esas que ellos adoptaron y normalizaron en medio del conflicto armado y que ahora, retrospectivamente, reconocían como desencadenantes de violaciones de las normas y los convenios que configuran el derecho internacional humanitario (DIH).

Pero, ¿cómo se produjo un escenario así? ¿Cuáles fueron las condiciones que propiciaron esa asunción de responsabilidades pública sin precedentes? Una respuesta muy sonada que se ha dado a esa pregunta se ha enfocado en analizar los incentivos diseñados para poner en pie el sistema mixto de la JEP:[2] a cambio del reconocimiento de responsabilidad "completo, detallado y exhaustivo",[3] los comparecientes pueden acceder a sanciones distintas a las ordinarias que no implican cárcel y que se aplican por un máximo de 8 años. Desde otra orilla, en un artículo reciente, Orozco, Peralta y Sánchez (2023) reconstruyen las audiencias en el Macrocaso 01 mostrando cómo en las audiencias de reconocimiento se desencadena el paso de guerrilleros imbuidos de una fe en su causa,

---

1 Por solo mencionar algunos, ni en Nuremberg, ni en Tokyo ni en el juicio de Eichmann en Jerusalén ni en el juicio a las Juntas en Argentina en 1985 ni en el juicio a Fujimori por violaciones de los derechos humanos, los máximos perpetradores han asumido su responsabilidad por lo acontecido. En algunos casos han apelado al argumento de la obediencia debida; en otros, a la necesidad histórica de responder a un inminente peligro que exigía, para proteger a la patria/la nación/el pueblo, una respuesta sin contemplaciones, así esa respuesta hiciera trizas los derechos humanos y el Estado de derecho del propio país.

2 El modelo mixto de la JEP combina dos tipos de justicia, una adversarial para quienes no admiten sus responsabilidades y que puede culminar en cárcel, y una restaurativa para quienes reconocen sus responsabilidades y están dispuestos a poner la cara ante las víctimas y el país entero por los daños infligidos. En esta ruta, en virtud del reconocimiento de responsabilidades, los comparecientes acceden a sanciones propias que combinan aspectos restaurativos y de sanciones no carcelarias.

3 Congreso de Colombia, Ley 1922 de 18 de julio de 2018, *Diario Oficial* 50.658 de 18 de julio de 2018, artículo 27C, por medio del cual se adoptan unas reglas de procedimiento para la Jurisdicción Especial para la Paz.

a comparecientes en procesos por crímenes de guerra y de lesa humanidad en la que se juzgan los medios y se vuelven irrelevantes las causas.

Sin desconocer el peso de los incentivos que enmarcan el despliegue de la JEP, y las transformaciones señaladas por Orozco, Peralta y Sánchez,[4] este texto quiere poner el énfasis en *los actores, sus trayectorias y sus dinámicas,* y ofrecer un argumento histórico para explicar lo que aconteció durante las audiencias.

El argumento

En las siguientes páginas argüimos que, además de los incentivos ya mencionados, tres vectores históricos se combinaron para configurar las condiciones propicias para que, en los estrados judiciales, se produjera una asunción de responsabilidades por parte de máximos responsables.

Una primera fuerza configuradora se encuentra en las víctimas, que despliegan en el escenario transicional judicial repertorios de acción[5] decantados en años de lucha contra la impunidad de gran fuerza comunicativa. En ese sentido, algunas víctimas, sobre todo aquellas que han hecho parte de procesos colectivos de reclamación de derechos o por la paz, desarrollan una identidad no solo como seres sufrientes, sino sobre todo como personas imbuidas de agencia política. Por eso, cuando llegan a la audiencia, vienen con sus repertorios de reclamación, unos que, como lo veremos más adelante, han transitado de la denuncia escueta –describiendo tiempos, modo y lugar de un hecho– a una narración que usa distintos vehículos de memoria para expresar el sentido de lo vivido y, en algunos casos, exponer su interpretación de las tramas que hicieron posible su ocurrencia.

Un segundo factor reside en *la secuencia histórica* que precedió la constitución de la JEP en Colombia. En efecto, la Jurisdicción toma cuerpo en un país que ha ido reflexionando, discutiendo y acumulando un conocimiento sobre la justicia transicional y su concreción en circunstancias como las colombianas. Esta reflexión sobre la justicia transicional se desarrolla, además, en procesos que van diluyendo la separación tajante entre públicos fuertes,[6] que se

---

[4] Iván Orozco, Catalina Peralta y Gonzalo Sánchez, "Secuestro: ¿de rebeldes en la política a criminales en la justicia? (Crónica sobre la audiencia de secuestro en Bogotá)", *Análisis Político,* n.º 106, 2023, pp. 318-345.

[5] Tilly, Tarrow y McAdam entienden que las personas reclaman sus derechos y exponen sus agravios en el ámbito público-político siguiendo un conjunto de "actuaciones […] Tomamos prestada una metáfora teatral –repertorio– para transmitir la idea de que los participantes en la realización de sus reclamaciones públicas adoptan guiones que han interpretado o al menos observado antes […] Las actuaciones se parecen a conversaciones en el sentido de que se ajustan a *reglas de interacción implícitas* pero implican una *improvisación incesante* por parte de todos los participantes"(Doug McAdam, Sidney Tarrow y Charles Tilly, *Dynamics of contention (Repr)*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008, pp. 49 y 138).

[6] Son aquellos "lugares de deliberación pública que culminan en decisiones legalmente obligatorias", (Nancy Fraser, *Iustitia interrupta: reflexiones críticas desde la posición "postsocialista"*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, 1997, p. 130).

desenvuelven en espacios con capacidad decisoria como el Congreso, y unos contrapúblicos subalternos[7] constituidos por víctimas y organizaciones de víctimas, en alianza con centros de pensamiento y personas de la academia. En ese proceso, públicos fuertes y contrapúblicos van generando espacios híbridos donde se encuentran, intercambian, discuten, confrontan y decantan lenguajes y asuntos de interés común. El resultado de estos encuentros no es una homogeneidad de opinión entre estos distintos sectores, pero sí formas de comprensión complejas sobre los nudos, los dilemas y las dificultades que irrigan los procesos de la justicia transicional.

El argumento sobre la secuencia histórica viene además acompañado de uno relativo a los funcionarios y funcionarias que transitan hacia la JEP. Asumimos que las funcionarias y los funcionarios tienen también un margen de agencia[8] que pueden llenar siguiendo patrones conocidos o, por el contrario, poniendo en movimiento su agencia, es decir, una cierta "imaginación burocrática" para ubicarse en sus propias circunstancias históricas, dar cuerpo a una práctica e innovar, y no solo repetir.[9] Justamente, algunos de los magistrados y las magistradas de la JEP provienen de experiencias en los espacios híbridos ya mencionados que los invitan a desplegar, cuando asumen sus cargos, una *imaginación burocrática* para concretar las normas y los lineamientos legales que enmarcan los procesos a cargo de la Jurisdicción.

Ambos vectores –unas víctimas con una tradición de lucha y unos funcionarios formados en esas trayectorias y espacios híbridos– se combinan y propician el surgimiento de la tercera condición: unos *escenarios simbólicos* que conservan rasgos familiares con la justicia ordinaria,[10] pero, a la vez, se abren a *innovaciones* propicias a dinámicas de rendición de cuentas inéditas. Esos escenarios simbólicos

---

[7] Los contrapúblicos subalternos son aquellos "espacios discursivos paralelos donde los grupos sociales subordinados inventan y hacen circular contra-discursos, lo que a su vez les permite formular interpretaciones opuestas de sus identidades, intereses y necesidades" (Fraser, *Iustitia interrupta*, *op. cit*., p. 115).

[8] En ese sentido, el análisis que aquí proponemos, en lugar de asumir a las burocracias como autómatas aplicando protocolos inequívocos, las conciben como personas inscritas en "reglas institucionales [que se encuentran] sujetas a diferentes *interpretaciones y niveles de cumplimiento,* y que exhiben *ambigüedades* que brindan espacio para que los agentes interesados en los recursos por distribuir las exploten" (James Mahoney y Kathleen Thelen, (eds.), *Explaining Institutional Change: Ambiguity, Agency, and Power*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, p. 11).

[9] "Incluso cuando las instituciones están formalmente codificadas, sus expectativas rectoras a menudo permanecen ambiguas y siempre están sujetas a interpretación, debate y cuestionamiento. El problema no se refiere solo a la aplicación en mayor y menor grado de unas normas inequívocas. Más bien, las luchas por el significado, la aplicación y el cumplimiento de las normas institucionales está intrínsecamente entrelazado con las asignaciones de recursos que las instituciones conllevan"(*ibid*., p. 11).

[10] Orozco, Peralta y Sánchez hacen una crónica sobre estas audiencias donde aparecen también descripciones de estas y, sobre todo, de los viajes morales emprendidos por los comparecientes, y contrastan estas audiencias con las del Macrocaso 03 (Orozco, Peralta y Sánchez, "Secuestro: ¿de rebeldes en la política a criminales en la justicia?", *op. cit)*.

son leídos como lugares donde la distribución temporal y espacial, los objetos y las prácticas de los actores involucrados se encuentran cargados de significados: las rutinas que en ellos se despliegan fijan a los actores en ciertos roles, instituyen identidades, instauran una autoridad y cuentan una historia, y, al hacerlo, distribuyen simbólicamente el poder entre quienes se mueven en ese escenario.[11]

Con el fin de fundamentar estos argumentos, en primer lugar, se reconstruye cómo en Colombia las víctimas se fueron organizando y produciendo, en distintos lenguajes comunicativos y materialidades, unos repertorios capaces de impugnar la impunidad y los silencios impuestos; a renglón seguido, se reconstruye la secuencia histórica y se retoman tanto los avances como las objeciones que se les hicieron a los tribunales y procesos judiciales de Justicia y Paz, y que emergen de espacios híbridos entre víctimas, funcionarios y centros de pensamiento. En esa misma sección, se reconstruyen algunas de las trayectorias de los funcionarios y las funcionarias de la JEP involucradas en dar forma a las audiencias de reconocimiento, en particular en el Macrocaso 01. Por último, se dibuja lo *inédito* de los escenarios simbólicos de las audiencias y la manera como se desplegaron en ellos los repertorios demoledores de las víctimas, la asunción pública de responsabilidades por parte de los perpetradores y el papel que asumió la magistratura durante su desenvolvimiento.

Para cerrar estas reflexiones, se señala cómo, a pesar de la potencia de lo que ocurre durante las audiencias, varios factores frenan la posibilidad de que estas innovaciones se desplieguen por distintas redes y escenarios sociales, y se transformen en asuntos de debate público sostenido y en fundamento de *memorias ejemplares*,[12] esas que podrían alimentar una ciudadanía robusta comprometida con la consolidación de la paz en el país.[13]

La fuerza de los repertorios para confrontar la impunidad en Colombia

Aunque Colombia suele asociarse con frecuencia al conflicto armado y sus vicisitudes, en el país, paralelamente a los horrores de la guerra, se han desarrollado desde los años sesenta procesos de organización social de largo aliento que, aun en medio de los contextos violentos, han sabido resistir y persistir a través

[11] Pierre Bourdieu, *Language and Symbolic Power*, Harvard, Harvard University Press, 2003.

[12] Las memorias ejemplares son aquellas que, "sin negar la propia singularidad de [un] suceso, [lo utilizan] como una manifestación entre otras de una categoría más general, [que] sirve como un modelo para comprender situaciones nuevas, con agentes diferentes…abro [el] recuerdo a la analogía y a la generalización, construyo un *exemplun y* extraigo una lección […] El uso ejemplar permite utilizar el pasado con vistas al presente, aprovechar las lecciones de las injusticias sufridas para luchar contra las que se producen hoy día, y separarse del yo para ir hacia el otro"(Tzvetan Todorov, *Los abusos de la memoria*, España, Paidós, 2013).

[13] *Idem*.

de repertorios con una alta carga simbólica.[14] Desde esos años, movimientos estudiantiles, campesinos, indígenas, afros, de mujeres y de personas LGBTQ+ entre otros, produjeron revistas[15] e impulsaron la construcción de relatos propios sobre su historia y la historia del país que volcaron en poemas, eslóganes, pinturas, literatura, rituales y objetos que encierran una profunda significación simbólica.[16] En conjunto, sus repertorios configuran una producción del pasado y de sí mismos de una enorme fuerza comunicativa.

Durante esas décadas, estos sectores reclamaban no solo acceso a recursos materiales, sino también su derecho a *autorrepresentarse desde sus propias categorías* para impugnar desde allí las imágenes vejatorias y binarias[17] que agenciaban algunos sectores sociales y políticos, y que luego los actores centrales del conflicto armado magnificaban, cada uno a su manera, en el terreno de la confrontación violenta.

Pero reconocer estos procesos organizativos y algunos de los triunfos en el terreno simbólico (por ejemplo, la Constitución de 1991)[18] no lleva a desconocer que, en paralelo, el conflicto armado, en lugar de disminuir, fue expandiéndose a más territorios, dejando a su paso un reguero de muertos y repertorios degradados de violencia. Por eso, además de las organizaciones articuladas alrededor de reclamos de representaciones dignificantes de identidad, cuerpos, territorios y justicia de las comunidades indígenas, afro, mujeres y personas LGBT+,

---

[14] Jesús María Pérez Ortega, *Luchas campesinas y reforma agraria: memorias de un dirigente de la ANUC en la Costa Caribe*, Bogotá, Puntoaparte Editores, 2010; Virginie Laurent, *Comunidades indígenas, espacios políticos y movilización electoral en Colombia, 1990-1998. Motivaciones, campos de acción e impactos*, Bogotá, Instituto Colombiano de Antropología e Instituto Francés de Estudios Andinos, 2005; Magdala Velásquez, Catalina Reyes y Pablo Rodríguez, *Las mujeres en la historia de Colombia*, Bogotá, Consejería Presidencial para la Política Social, Presidencia de la República de Colombia, Grupo Editorial Norma, 1995; Felipe Caro Romero, "Más allá de Stonewall: el movimiento de liberación homosexual de Colombia y las redes de activismo internacional, 1976-1989", *Historia Crítica*, n.° 75, 2020, pp. 93-114. Disponible en: http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0121-16172020000100093&lng=en&nrm=iso>. https://doi.org/10.7440/histcrit75.2020.05.

[15] *Las Mujeres*, *El Otro*, *Cuéntame tu vida*, *Revista de Mujeres*, *Ser Mujer*, *Ventana Gay*, *La Manzana de la Discordia*, *Femina Sapiens*, *Brujas*, *La Cábala. ¿Qué pasa, mujer?;* María Emma Wills Obregón, *Inclusión sin representación: la irrupción política de las mujeres en Colombia (1970-2000)*, Bogotá, Grupo Editorial Norma, 2007.

[16] Piénsese en los bastones de mando de la Guardia Indígena, o el eslogan que portaban los campesinos a finales de los sesenta –"¡la tierra para el que la trabaja!"–, o el reclamo de las feministas de ¡Mi cuerpo es mío!

[17] Las diferencias sociales, en los orígenes de las democracias modernas, se constituyeron como justificación de jerarquías, inclusiones y exclusiones, y en últimas desigualdades entre ciudadanos titulares de derechos plenos y ciudadanos "tutelados" (María Emma Wills, "Nuevas y viejas ciudadanías: la apuesta por una nueva democracia", en José Bernardo Toro *et al.*, *Camino hacia nuevas ciudadanías*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, Instituto Pensar, Departamento Administrativo de Bienestar Social, Alcaldía de Bogotá, 2004).

[18] La Constitución de 1991 reconoce que la nación es multicultural y plurirreligiosa, y consagra una serie de derechos que buscan proteger la pluralidad en términos personales, comunales y sociopolíticos.

en Colombia se fueron tejiendo también organizaciones e iniciativas de defensa de los derechos humanos y por la paz que,[19] aun en medio de condiciones extremadamente adversas, se movilizaron, reclamaron el derecho fundamental a la vida, denunciaron a los responsables y constituyeron archivos, algunos de los cuáles perduran hasta hoy en día.[20] Estas iniciativas fueron, además, impulsando escenarios de articulación[21] de los que fueron emergiendo un lenguaje de derechos y una serie de repertorios de reclamación.

Gracias a estos procesos tenemos hoy una heterogeneidad de contrapúblicos que dan cuenta de las arbitrariedades cometidas por agentes del Estado, pero también por paramilitares y guerrillas en medio de sus disputas territoriales o del dominio ejercido en regiones bajo su control.[22]

Esta capacidad expresiva de acciones contra la impunidad y el olvido se hace aún más visible a nivel nacional cuando, en 2008, el Grupo de Memoria Histórica, bajo el mandato de la Ley 975 de 2005, hace los primeros mapeos de las iniciativas de memoria existentes en el país y los divulga a través de distintos medios. En ese momento, queda claro que las víctimas *ya han constituido en sus territorios sus archivos y han tejido sus narrativas y lugares de memoria usando*

---

[19] Winifred Tate, *Counting the Dead: The Culture and Politics of Human Rights Activism in Colombia*, Berkeley, University of California Press, 2007; Mauricio García Durán, "Alternativas a la guerra: iniciativas y procesos de paz en Colombia", *Controversia,* 2004. Como lo refiere el informe del Centro Nacional de Memoria Histórica (CNMH), las primeras organizaciones nacionales de derechos humanos fueron: "el Cinep, en 1972; el Comité de Solidaridad con los Presos Políticos, en 1973; del primer foro nacional por los derechos humanos surgió, en 1979, el Comité Permanente por la Defensa de los Derechos Humanos, presidido por Alfredo Vázquez Carrizosa. En 1980 surge el Colectivo de Abogados José Alvear Restrepo y la Comisión Colombiana de Juristas en 1988. La Asociación de Familiares de Detenidos Desaparecidos se creó en 1982 como reacción frente a la desaparición de 12 universitarios" (Centro Nacional de Memoria Histórica, *El derecho a la justicia como garantía de no repetición*, Bogotá, CNMH, 2016).

[20] Por ejemplo, el Banco de Datos de Derechos Humanos y Violencia Política del Cinep/Programa por la Paz (PPP) fundado en 1987.

[21] Por solo mencionar algunos de estos escenarios de articulación, en 1971 se constituyó el Consejo Regional Indígena del Cauca (CRIC) y en 1982, en un encuentro arduamente trabajado, se realizó el Primer Congreso Indígena Nacional que institucionalizó la Organización Nacional Indígena de Colombia (ONIC). En el caso de las mujeres, durante la década de los ochenta se fueron organizando distintos colectivos y, en 1991, luego de un cabildeo organizado frente a la Asamblea Nacional Constituyente, se creó la Red Nacional de Mujeres, a la que sucedieron, entre otras, la Ruta Pacífica (1996) e Iniciativa de Mujeres por la Paz (2001). Las poblaciones afro, negras, palenqueras y raizales también empezaron un recorrido organizativo en 1975. Por su parte, en julio de 2005, durante el II Encuentro Nacional de Víctimas de Crímenes de Lesa Humanidad, Violaciones Graves de los Derechos Humanos y Genocidio, las organizaciones de víctimas fundaban el Movimiento Nacional de Víctimas de Estado (Movice) que se propuso, entre otras metas, la de "desarrollar propuestas de afirmación de la verdad, de la justicia y de reparación integral a través de propuestas extrajudiciales, en prácticas de memoria, de sanción moral y política".

[22] Esas circunstancias llevaron a María Teresa Uribe a hablar de soberanías fragmentadas en Colombia, y a Iván Orozco a hablar de la victimización de tipo "horizontal", donde todos los actores cargan a cuestas la responsabilidad de agenciar repertorios degradados de ejercicio de violencias (María Teresa Uribe de Hincapié, "Las soberanías en disputa: ¿conflicto de identidades o de derechos?", *Estudios Políticos*, n.º 15, 1999, pp. 23-45).

todo tipo de lenguajes metafóricos y poéticos.[23] Conmemoraciones y rituales, salones y bosques de la memoria, parques-monumentos, telares, redes organizadas en torno a la preservación de la memoria, *performances*, murales, museos comunitarios, producción musical, poemas, teatro, cartografías sociales, mapas del cuerpo hacen parte de un rico y plural repertorio producido por las iniciativas de memoria y de derechos humanos del orden local, regional y nacional en el marco de sus luchas por la justicia, el esclarecimiento y contra la impunidad.[24] Cada uno de ellos da cuenta de la necesidad de las víctimas de rendir homenaje a sus deudos, impugnar la impunidad, declarar "yo existo/existimos" y "¡esta es mi dignidad!" frente a las intenciones arrasadoras y vejatorias de los violentos.

Es de resaltar que ese narrar a través de todo tipo de lenguajes y en sus propios términos nos cuenta no solo unos eventos, sino sobre todo nos permite vislumbrar *quiénes* son las víctimas y cómo ellas se han forjado un lugar de dignidad para afrontar las arbitrariedades de los violentos y defender su voz, reclamando justicia y tejiendo sus propias lecturas de contexto a partir de las luchas por ellas emprendidas.[25]

Los escenarios híbridos en torno a la justicia transicional, los antecedentes judiciales de la JEP y la trayectoria de algunos de sus funcionarios

En paralelo a esta red de contrapúblicos por la paz, la memoria y contra la impunidad, en 2002 inicia la administración Uribe con un cambio de discurso frente a la violencia organizada, representándola, no como conflicto armado, sino como un ataque terrorista contra la sociedad. En ese contexto, el Gobierno impulsa la desmovilización de los grupos paramilitares y promueve en el Congreso una serie de dispositivos normativos para blindar el proceso con un marco legal.

A raíz de este cambio de discurso frente al conflicto armado, durante ese periodo se potencian una serie de espacios híbridos, donde se encuentran organizaciones de víctimas, derechos humanos, centros de pensamiento, académicos, agencias internacionales, congresistas y funcionarios en cargos públicos, que promueven un debate nacional. En esos escenarios se va produciendo una

[23] Grupo de Memoria Histórica, *Memorias en tiempos de guerra. Repertorios de iniciativas*, Bogotá, Puntoaparte Editores, 2009.

[24] Museo Nacional de la Memoria, sitio virtual: https://museodememoria.gov.co/arte-y-cultura/ y https://museodememoria.gov.co/exposiciones/.

[25] Grupo de Memoria Histórica, *Memorias en tiempos de guerra. Repertorios de iniciativas, op. cit.*; Elvira Sánchez Blake, "La narrativa del conflicto en textos de resistencia: las tejedoras de Mampuján", en María Emma Wills, *Narrativas artísticas del conflicto armado colombiano. Pluralidad, memorias, interpelaciones*, Bogotá, Uniandes, 2021.

porosidad[26] entre los lenguajes y repertorios de las organizaciones de base de víctimas y de derechos humanos, los centros de pensamiento y los gestores de las expresiones normativas que traducen la justicia transicional a las condiciones del país, de las que va quedando claro que los derechos a la verdad, la reparación simbólica y el deber de memoria se encuentran inextricablemente entretejidos y que, para su realización, la participación de las víctimas es imprescindible.[27] El derecho a la verdad, a la reparación simbólica de las víctimas, y el deber de memoria dejan su impronta en el discurso público convirtiéndose en referente obligado de las políticas asociadas a la búsqueda de la paz, tanto así, que finalmente estos derechos quedan explícitamente incorporados en la Ley 975 de 2005,[28] y con esta incorporación su cumplimiento adquiere carácter imperativo para las instituciones.

A raíz de estos procesos, y de la aprobación de la Ley 975, dos políticas en cabeza del Estado, una en memoria y otra de justicia, toman forma y dan lugar, por un lado, al Grupo de Memoria Histórica (GMH) de la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación y, por otro, a los tribunales de Justicia y Paz.

Los tribunales de Justicia y Paz

Como lo mencionamos en la sección anterior, la Ley 975 de 2005 es la primera que en Colombia, gracias a la presión de organizaciones de derechos humanos, congresistas y centros de pensamiento, se enmarca dentro de los principios de la justicia transicional. En ella se instituye una jurisdicción especial dentro del propio aparato de la justicia ordinaria para juzgar a "los excombatientes postulados de los grupos paramilitares" que pueden ser "beneficiarios potenciales de penas alternativas (entre cinco y ocho años de pena privativa de la libertad),

---

[26] Esa porosidad se constituye en espacios físicos de encuentro y debate (escenarios híbridos en términos de Fraser), pero también a través de lo que, desde la antropología, se ha nombrado como "una polinización en muchas vías (*cross-pollination*) de pensamiento y acciones", produciendo unas sinergias entre prácticas y pensamiento estratégicoo (Jennifer Schirmer, "The seeking of truth and the gendering of consciousness. The CoMadres of El Salvador and the Conavigua widows of Guatemala", en Sarah Radcliffe y Sallie Westwood (eds.), *VIVA. Women and Popular Protest in Latin America*, London, New York, Routledge, 1993).

[27] La justicia transicional se introduce en el debate colombiano de la mano del cabildeo de emprendedores nacionales e internacionales de la justicia transicional, entre los cuales resalta el International Center for Transitional Justice (ICTJ), agencias multilaterales de las Naciones Unidas, países amigos y organizaciones colombianas de defensa de derechos humanos como la Comisión Colombiana de Juristas (CCJ), Dejusticia y Planeta Paz, una plataforma que reúne organizaciones de sectores popularess (Delphine Lecombe, *Cuadernos del CIPE. Justicia transicional en Colombia*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2011); Delphine Lecombe, "Nous sommes tous en faveur des victimes. Usages sociaux et politiques de la justice transitionnelle en Colombie" (tesis de grado para optar al título de Doctora en Ciencias Políticas, Instituto de Estudios Políticos Science Po, Paris, Francia), 2013).

[28] Congreso de Colombia, Ley 975 de 2005, *Diario Oficial* 45.980 de 25 de julio de 2005, artículos 7: Derecho a la verdad; 8: Reparación, incluida la reparación simbólica; 56: Deber de memoria.

a cambio de decir la verdad sobre su pertenencia al grupo armado, contribuir a la reparación de las víctimas y a la reconciliación nacional".[29]

Es de anotar que los tribunales de Justicia y Paz se inscribieron en la rama de la justicia ordinaria siguiendo ciertos de sus rituales pero, a diferencia de la justicia ordinaria, estos procesos venían marcados por el hecho de que los imputados, en el marco de la desmovilización con los paramilitares, podían acceder a penas alternativas de 6 a 8 años en establecimientos carcelarios, siempre y cuando hicieran aportes a la verdad.[30]

Según el primer director de la Unidad de Justicia y Paz de la Fiscalía, Luis González, poner en pie esta unidad fue todo un reto, dada la tarea gigantesca entre manos, "de 20 fiscales y 150 investigadores en pocos años el equipo creció a 1.600 funcionarios distribuidos en todo el país".

Pero el desafío no era solo de números. Según el mismo González, "no fue fácil encontrar al personal. No había cultura para el cambio. Elegimos a los que tenían una mente más abierta". Además de la formación de los fiscales y jueces para una justicia "no vengativa", las dificultades tuvieron que ver con la metodología para emprender los procesos. Al principio, se trató de "la justicia del todo" porque "pretendía que los desmovilizados confesaran *todo*, que se investigaran *todos* los crímenes y a *todos* los excombatientes; que encontraran a *todas* las víctimas, buscaran *todos* los desaparecidos y persiguieran *todos* los bienes de los exparamilitares" (énfasis agregado).[31]

Por esta razón, en 2012 se aprobó la Ley 1592 que buscaba corregir ese universo inmanejable de casos. La ley abrió la puerta a la priorización y la concentración en máximos responsables, y orientó los esfuerzos a "esclarecer *el patrón de macro-criminalidad* en el accionar de los grupos armados organizados al margen de la ley, y develar los contextos, las causas y los motivos del mismo".[32] Para apoyar esta labor, la Fiscalía General innovó en materia de investigación criminal y creó la Unidad de Análisis y Contextos que, abandonando la investigación caso a caso, se propuso esclarecer patrones y dilucidar organizaciones criminales coordinadas alrededor de estrategias militares y de inteligencia para avanzar en la defensa de sus intereses.[33] Estas directrices, y las innovaciones que

---

[29] Ministerio de Justicia y del Derecho, *La Ley de Justicia y Paz y el regreso a la vida civil. Régimen de libertades, resocialización y reintegración de personas postuladas,* Bogotá, Ministerio de Justicia y del Derecho, OIM, 2015.

[30] Para consultar imágenes de los tribunales y las audiencias de JyP, véase: https://pacifista.tv/notas/justicia-paz-vs-modelo-habana/; https://verdadabierta.com/los-retos-de-la-ley-de-justicia-y-paz-en-su-noveno-ano/.

[31] Verdad Abierta, "Justicia y Paz: lecciones aprendidas en 10 años", *Especial 10 años de Justicia y Paz*, 2015. Disponible en: https://verdadabierta.com/justicia-y-paz-lecciones-aprendidas-en-10-anos/.

[32] Ministerio de Justicia y del Derecho, *La Ley de Justicia y Paz y el regreso a la vida civil, op. cit.*

[33] "La Unidad de Análisis y Contextos, adscrita al Despacho del fiscal general de la Nación, fue creada mediante resolución 01810 de 4 de octubre de 2012 como un instrumento de política

ellas supusieron en materia de investigación criminal, dejarían posteriormente su sello para orientar la metodología de la JEP.

Retrospectivamente, podemos decir que, si bien Justicia y Paz adelantó en algunos casos con mucha probidad y profesionalismo las investigaciones, su funcionamiento suscitó polémicas, no solo por el bajo número de sentencias emitidas hasta el momento, sino sobre todo por *la escenificación de la justicia* en sus tribunales y el lugar que ocuparon las víctimas en esa escenificación.

Veamos: las contribuciones a la verdad de los imputados se hicieron en las audiencias de versiones libres. En ellas, el "paramilitar hac[ía] un *listado* donde referencia[ba] los crímenes y delitos en los que reconoc[ía] participación. Aparec[ía] en el escenario una macabra lista de nombres de personas, junto a los crímenes de que fueron objeto. Durante la versión, se da[ban] mayores detalles, con frecuencia atrozmente exactos".[34] En ocasiones, el imputado usaba las mismas palabras que había usado durante la comisión del crimen, justificándolo y victimizando así una vez más a las víctimas, lo que provocó reacciones airadas de los familiares sobrevivientes en los escenarios judiciales.

Para ilustrar esta situación, haré referencia a una versión libre a la que asistí en 2009 en Barranquilla, en la Sala Penal de Justicia y Paz del Tribunal Superior de esa ciudad. Se trataba de los aportes a la verdad del ya extraditado a una cárcel de Estados Unidos, Hernán Giraldo, jefe paramilitar del Frente Resistencia Tairona que operó en la Sierra Nevada de Santa Marta. Él intervenía virtualmente, mientras la fiscal y la magistrada a cargo conducían la audiencia. Había poca asistencia, pero en una de las bancas de atrás estaban sentadas, muy calladas, tres mujeres mayores, pulcramente vestidas de blanco, que seguían atentamente el proceso. Se podía ver en la pantalla de retransmisión al jefe paramilitar, hoja en mano, leyendo los cargos que aceptaba: el nombre de sus víctimas asesinadas en una "macabra lista", como bien lo describe el informe del CNMH referenciado en el párrafo anterior. No había pausas entre los nombres; simplemente, y a manera de letanía, leía y pasaba al siguiente. Ningún gesto de arrepentimiento se asomaba en su postura corporal. Mientras él continuaba su lectura, las tres mujeres no musitaban palabra. Al final de la audiencia, la magistrada, de manera amable, se acercó a ellas y me enteré entonces que eran familiares de algunas de las víctimas mencionadas en el largo listado de Giraldo y que habían tenido que hacer un largo trayecto para llegar allí. Aunque no

criminal enfocada a enfrentar principalmente fenómenos de delincuencia organizada mediante el uso de herramientas de análisis criminal y creación de contextos con el objetivo de articular la información aislada que actualmente se encuentra en las diversas unidades de la entidad. Asume los procesos que hagan parte de las situaciones y los casos priorizados por el Comité de Priorización de Situaciones y Casos de la Fiscalía General de la Nación". Disponible en: https://www.fiscalia.gov.co/colombia/priorizacion/unidad-nacional-de-analisis-y-contextos/.

[34] Centro Nacional de Memoria Histórica, Iván Orozco Abad, María Victoria Uribe, Gina Cabarcas y Luis Carlos Sánchez, *Justicia y paz: ¿verdad judicial o verdad histórica?*, Bogotá, Taurus, 2012, p. 54.

fuese la intención de las funcionarias, el escenario judicial estaba configurado de tal manera que reforzaba, sin quererlo, las asimetrías de poder entre el perpetrador –que ofrecía su "versión oficial" de lo acontecido, justificándolo o trivializándolo– y las familiares que estaban ahí presentes para exclusivamente escucharlo, sin tener la ocasión de interpelarlo.

Así, mientras las víctimas desplegaban con vigor e imaginación su agencia en iniciativas de memoria, y en redes y escenarios públicos cotidianos, en los tribunales, por las tradiciones judiciales en las que estos escenarios se inscribían, las víctimas fungían más como *testigos silenciosos* que como actores protagónicos. Su papel en el proceso, por decir lo menos, era discreto o "marginal".[35]

Otra crítica que recibió Justicia y Paz fue en torno a los terceros civiles. Por lo dispuesto en la ley, ellos no podían ser sujetos de investigación en estos tribunales y, aunque fueron mencionados en estos procesos, Justicia y Paz tuvo que "compulsar 16.980 copias [a justicia ordinaria] para investigar, entre otros, a agentes del Estado no combatientes, miembros de la Fuerza Pública y terceros civiles y la Fiscalía adelanta 2.606 investigaciones por esas compulsas",[36] de las cuales aún hoy poco sabemos.

La trayectoria de algunos de los funcionarios de la Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas

Las críticas sobre el montaje del escenario simbólico en la justicia impartida por los tribunales de Justicia y Paz y sobre la ausencia de visibilidad de los terceros civiles hicieron parte de los contextos antecedentes de la puesta en marcha de la JEP. Justamente, algunas de las personas seleccionadas por el Comité de Escogencia para fungir como magistrados y magistradas de la JEP se pensaron a sí mismos de frente a esas críticas y se alimentaron de esa experiencia antecedente. Esto les permitió iniciar su labor con un acumulado de reflexiones y pensar a profundidad cómo llevar a la práctica los tres derechos de las víctimas mencionados por Joinet en su texto fundacional contra la impunidad e inspirador de la justicia transicional: el derecho a saber, el derecho a la justicia y el derecho a la reparación.[37]

En particular, en el Macrocaso 01, la magistrada relatora, Julieta Lemaitre, reconoció en su entrevista ante el Comité de Selección en 2017, que "en su

[35] *Ibid.*, p. 75.

[36] Lorena Munar Rodríguez, "Compulsas contra terceros, la gran deuda del proceso de Justicia y Paz", *El Tiempo*, 25 de julio 2020.

[37] Naciones Unidas, Consejo Económico y Social (Ecosoc), "La cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos (civiles y políticos). Informe final elaborado y revisado por M. Joinet en aplicación de la Decisión 1996/119 de la Subcomisión". Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/tablas/4575.pdf.

momento, la ley de JyP dio lugar a unos debates muy interesantes en Colombia. Eventualmente esa es la semilla de la ley de víctimas y de *la centralidad de las víctimas*. Sin ese proceso, [esta centralidad] no se hubiera dado".[38] Pero además de reconocer la importancia de estos debates que precedieron la puesta en marcha de la JEP, la magistrada, en esa entrevista, también habla de su participación en esos espacios híbridos de encuentro entre públicos y contrapúblicos que hemos mencionado. Hace referencia a su tesis de doctorado, en la que investigó la fuerza simbólica que tiene el derecho en las reclamaciones y aspiraciones de los movimientos sociales y las organizaciones comunitarias. Menciona además cómo su experiencia de trabajo con víctimas de desplazamiento la llevó a reconocer en ellas una agencia que les otorga la fuerza de reconstruir sus vidas y "salir adelante", a pesar de que "el Estado siempre llega tarde". Cree que "justamente los hacedores de leyes y de políticas públicas [deben] aprender de la experiencia de las personas que tuvieron la capacidad, la inteligencia, la fortaleza de reconstruir sus vidas después de la guerra", y afirma que esa "reconstrucción tiene una dimensión material por supuesto, pero también una reconstrucción moral para vivir una vida con la que uno está de acuerdo, en la cual uno protege las cosas que le parecen importantes, y [donde uno manifiesta] que uno es una persona de valía".[39] Por último, en la entrevista con el Comité de Escogencia, la magistrada Lemaitre enfatiza que tiene que "haber una forma para que *el escuchar en sí mismo sea una forma de reparación* que tenga una legitimidad procesal", y termina insistiendo en la idea de que "la forma de recibir la información y de procesarla [en la JEP]" puede llegar a cumplir un papel "muy importante de legitimación del Estado de derecho y también de reparación a través del reconocimiento de la dignidad de las personas".[40]

Como se puede ver, así como otras personas seleccionadas como magistradas de la JEP, la trayectoria de Julieta Lemaitre da cuenta de su participación en espacios híbridos de encuentro entre academia, centros de pensamiento, movimientos sociales y víctimas de los que extrae su convicción de que, para desempeñar bien su labor, un funcionario debe reconocer la capacidad de ciudadanos y ciudadanas de constituir saberes y luchar por una vida digna. Este es el contexto propicio, tanto a nivel personal como social, para que en su cargo de relatora del Macrocaso 01, la magistrada Lemaitre ponga en movimiento la "imaginación burocrática" que mencionamos en la introducción.

---

[38] Comité de Escogencia - Aspirantes a magistrados, "Entrevista a Julieta Lemaitre", 19 de septiembre de 2017. Disponible en: https://vimeo.com/234954747.

[39] Centro de Análisis Político, Eafit, "El Estado siempre llega tarde. Una reflexión con Julieta Lemaitre", *Encuentros de Semana*, 2019. Disponible en: https://www.youtube.com/watch?v=lY-nAapcD2M8.

[40] Comité de Escogencia, "Entrevista a Julieta Lemaitre", cit.

Cabe además mencionar que para la configuración de los escenarios simbólicos de las audiencias de reconocimiento, cada magistrado contaba con un equipo. En el caso de Lemaitre, ella "sabía que necesitaba de un equipo interdisciplinario y sabía que necesitaba un psicólogo por la dimensión emocional, un politólogo que entendiera cómo funcionaba la guerra y cómo funcionaba un ejército irregular, y necesitábamos abogados que pudieran hacer autos".[41] Entre las personas a quien ella invitó a constituir su equipo se encontraba Lina Rondón Daza, psicóloga, quien había trabajado en la Unidad de Atención a Víctimas impulsando el programa *Entrelazando,* orientado a la reparación colectiva y a quien se le había encargado el balance sobre "Sujetos victimizados y daños" para el CNMH. Esto quiere decir que traía una experiencia de trabajo con víctimas que había suscitado en ella una reflexión profunda sobre los daños y la manera de acompañar, como funcionaria, a las víctimas para que el proceso, en lugar de revictimizar, ofreciera caminos para su empoderamiento como ciudadanas titulares de derechos. En el caso de otras personas que se incorporaron al equipo, ellas venían de la Unidad de Análisis y Contextos de la Fiscalía, con un bagaje acumulado para asumir la tarea de investigar patrones e identificar responsabilidades.

Esto quiere decir que los y las profesionales de este equipo, siguiendo metodologías y énfasis diversos, trabajando en equipo, pusieron sus experiencias previas al servicio de la nueva función que tenían entre sus manos y se abrieron a la posibilidad de comprender el proceso judicial como uno que, además de emitir sentencias, puede desencadenar procesos que integran, en simultánea, componentes judiciales, de reparación simbólica y de esclarecimiento del pasado.

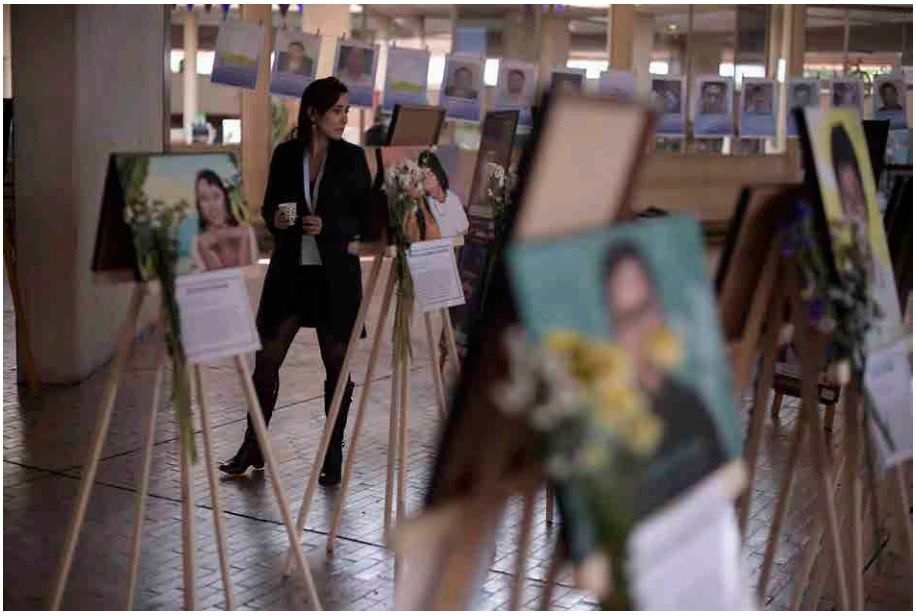
Las audiencias de reconocimiento en el Macrocaso 01: un escenario simbólico para la asunción de responsabilidades

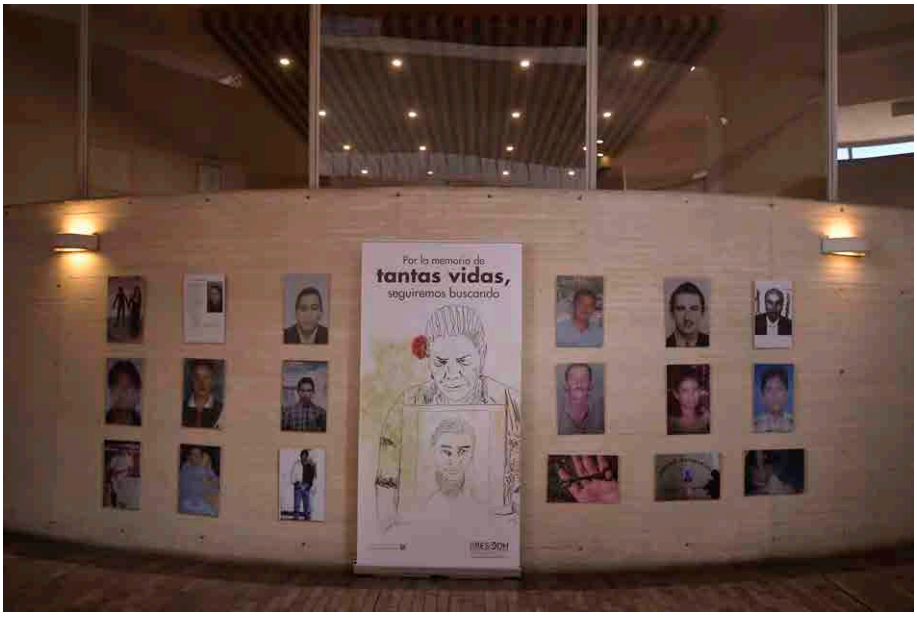
La imaginación burocrática del equipo de la magistrada Lemaitre se desplegó, entre otras, en la configuración de las audiencias de reconocimiento en el Macrocaso 01. Veamos cómo.

El escenario

En primer lugar, las audiencias del Macrocaso 01 (comúnmente referidas como secuestro), realizadas en Bogotá el 21, 22 y 23 de junio de 2022, se llevaron a cabo en una biblioteca pública, la Virgilio Barco, una joya de la arquitectura bogotana del reputado Rogelio Salmona, usada usualmente por familias, niños y niñas, jóvenes y vecinos del lugar. Como ocurre en otras bibliotecas, en esta,

[41] JEP, *Archivos vivos*, Detrás de cámara: Perfiles. Disponible en: https://www.youtube.com/watch?v=uL2GJxoYC9U.





Fotos 1 y 2: "Los rostros de las víctimas en las audiencias de perdón de las FARC", *El Espectador,* 22 de junio de 2022. Disponible en: https://www.elespectador.com/judicial/en-fotos-los-rostros-de-las-victimas-en-las-audiencias-de-perdon-de-las-farc/. Mauricio Alvarado Lozada.



Foto 3: "Los rostros de las víctimas en las audiencias de perdón de las FARC", *El Espectador*, 22 de junio de 2022. Disponible en: https://www.elespectador.com/judicial/en-fotos-los-rostros-de-las-victimas-en-las-audiencias-de-perdon-de-las-farc/. Mauricio Alvarado Lozada.

una vez se ingresa a la recepción, la visitante se encuentra con unos paneles que anuncian las actividades de la semana para las distintas edades de sus usuarios y el área se divide en varias secciones; al fondo, se divisa la biblioteca propiamente dicha y se escucha el rumor de los usuarios.

Pero, para las audiencias, al avanzar por la entrada, los usos cotidianos de la biblioteca se ven interrumpidos por un espacio que ha sido transformado en un lugar de memoria, un altar ceremonial que recuerda y honra a varias de las víctimas secuestradas que nunca retornaron. Sus fotos –sus rostros particulares– vienen acompañadas de sucintas descripciones de quiénes eran, de sus gustos, sus familias, y de algún objeto de relevancia para ellas, todos detalles que hablan de los afectos que las rodeaban y de su singularidad y humanidad (fotos 1 y 2). Este altar recuerda, además, que no todas las víctimas retornaron con vida y, aún peor, que muchas familias siguen sin poder dar sagrada sepultura a los ausentes y cerrar su duelo.

Al fondo, se encuentra una mesa larga con varios funcionarios atendiendo la inscripción de quienes van a ingresar al auditorio. Aunque el lugar es público, las condiciones de inseguridad y las amenazas de las que sufren la alta comandancia de las extintas FARC-EP y, en ocasiones, magistrados de la JEP, obligan a tener estas precauciones.



Foto 4: "Las Cristinas del conflicto", una instalación de muñecas elaboradas por doña Paulina Mahecha, madre de María Cristina Cobo. Audiencia de Reconocimiento, Bogotá, Biblioteca Virgilio Barco, 21 de junio de 2022. Isabel Valdés, Grupo de Comunicaciones de la JEP.

El auditorio, en media luna, es amplio, sin ventanas, sobrio. Abajo se encuentra el escenario donde están dispuestas unas mesas revestidas de manteles negros; las del centro están ubicadas a más altura que las situadas a lado y lado en diagonal (foto 3). En la última fila del auditorio hay cámaras de distintos medios de comunicación, incluidas las de la JEP.

En una de las paredes laterales, de manera discreta, se encuentra otro altar, el de "Las Cristinas del conflicto", una instalación de muñecas elaboradas por doña Paulina Mahecha, madre de María Cristina Cobo, enfermera jefe desaparecida a manos de los paramilitares (foto 4). En esta ocasión, esta madre, con enorme generosidad, elaboró estas muñecas para recordar a las mujeres, jóvenes y niñas víctimas de desaparición forzada, tendiendo puentes entre las familias de víctimas de este crimen a manos de los paramilitares, de la Fuerza Pública y de quienes otrora eran sus acérrimos enemigos, las extintas FARC-EP. En un país aún polarizado, las Cristinas nos hablan de *un mismo dolor*, el que causa la desaparición forzada en las familias sobrevivientes, indistintamente del actor responsable.

El ritual de inicio[42]

En las mesas en diagonal se sientan las primeras víctimas que van a dar su testimonio. Justo en frente, se encuentran los comparecientes, todos hombres, adultos mayores, mestizos. Las primeras palabras de la presentadora son de agradecimiento para todos los aliados de la Jurisdicción, nacionales e internacionales, que han hecho posible llegar hasta este punto. La lista es larga y busca reiterar el respaldo con el que este proceso cuenta en un país donde un sector político sigue viendo la negociación y lo que se desprendió de ella como una traición. Luego de la intervención del Presidente de la JEP, que da por instalada la audiencia recordando que la paz es la gran aspiración de la Jurisdicción, se anuncia el ingreso de magistrados y magistradas. Todos, público, víctimas, comparecientes y funcionarios, en silencio, se ponen de pie, mientras con paso mesurado ingresan los jueces, vestidos con sus togas.[43] El momento reviste solemnidad. Una vez el magistrado y las magistradas se sientan,[44] se da por iniciada la audiencia. Queda claro que la mesa donde ellos presiden se encuentra a *más altura* que las otras, reiterando con esta disposición que ellos y ellas están investidos de la "majestad del Estado"[45] y que no son un actor más en este proceso, sino que concentran un poder de decisión que los demás actores no tienen.[46] En el vestuario, en la entrada de las magistradas, en la instalación misma se ven los trazos de las tradiciones judiciales ordinarias.

Por último, detrás de la mesa de la magistratura, se encuentran dos grandes pantallas que por el momento proyectan el nombre de la audiencia.

El papel de la magistratura durante las audiencias

La magistrada Lemaitre, mostrando que reconoce el carácter ritual de estas audiencias, inicia agradeciendo a las organizaciones de víctimas que han acompañado el proceso y han organizado el lugar ceremonial a la entrada del auditorio para honrar a los ausentes. En ese momento, también pedirá un minuto de silencio por las víctimas ausentes, y para dos personas fallecidas por el covid-19,

---

42 Por ritual se entiende un momento-espacio que congrega a una comunidad alrededor de un tiempo que asume una textura sagrada, distinto de otros momentos profanos que marcan la cotidianidad.

43 JEP, *Archivos vivos*. Disponible en: https://www.youtube.com/watch?v=Ica2Y0yMmec&t=1s.

44 En la primera audiencia, el 20 de junio, estuvieron el magistrado Óscar Parra Vera, las magistradas Catalina Díaz Gómez, Marcela Giraldo Muñoz, Nadiezhda Henríquez Chacín y la magistrada relatora Julieta Lemaitre Ripoll. Véase para cada audiencia la sección de Perfiles de *Archivos vivos* de la JEP. Disponible en: https://www.jep.gov.co/archivosvivos/macrocaso1.html#territorial.

45 Pierre Bourdieu, *Language and Symbolic Power*, *op. cit.*

46 Esta asimetría de poder ha provocado tensiones, sobre todo con muchas víctimas que reclaman más injerencia y capacidad decisoria, lo que hace visible que el significado de la "centralidad de las víctimas" no tiene el mismo sentido para jueces y víctimas. Para los y las jueces, la asimetría que ellos reclaman y ejercen garantiza su imparcialidad y su autonomía frente a todos los sectores, incluidas las víctimas, mientras para algunas víctimas, esa misma asimetría constituye un engaño.

Alfonso López, un compareciente que estaba aportando al proceso, y Herbin Hoyos, periodista que impulsó "las voces del secuestro", un programa de radio que tendía puentes entre los secuestrados y sus familiares. Ese minuto de silencio no deja duda del carácter secular-sacramental que el espacio reviste.

A lo largo de la audiencia, la relatora magistrada, Julieta Lemaitre, intervendrá, en ocasiones, para explicar pedagógicamente el momento por el que atraviesa el proceso judicial o para hacer explícito lo que la Sala ha fijado como criterios para evaluar si los comparecientes están haciendo el reconocimiento esperado para acceder a las sanciones propias del sistema.[47] Ella misma agradecerá a las víctimas por el coraje que han mostrado al hacer presencia en las audiencias y ofrecer su testimonio, por la entereza que muchas de ellas mostraron durante el cautiverio, y por las persistentes luchas que han llevado a cabo contra la impunidad;[48] en otras ocasiones, ella directamente o uno de los magistrados o una de las magistradas de la Sala harán llamados de atención a algunos de los comparecientes que, al intervenir, minimizan el sufrimiento provocado o, al reconstruir los contextos en los que ocurrieron los secuestros, terminan deslizándose hacia argumentos justificativos de su actuación;[49] en otras, por el contrario, la magistrada reconoce de manera explícita que los comparecientes han honrado lo pactado, han hecho aportes al esclarecimiento y han asumido las responsabilidades que les competen.[50]

En estos distintos roles que asume la magistratura durante la audiencia se expresan una serie de cambios sobre la concepción del papel que juegan los jueces en procesos transicionales. Por un lado, manifiestan una consciencia aguda de la necesidad de contribuir, desde un lugar "compasivo",[51] a tejer vínculos de confianza y solidaridad entre quienes hacen presencia en el auditorio y pertenecen a una nación fracturada y dolida. Por otro, otorgan un lugar central a las emociones,[52] no como separadas del cuerpo o de la razón, sino inextricablemente integradas y constitutivas de una subjetividad que hace presencia en el escenario. Para la magistrada Lemaitre, contribuir a la paz desde la justicia significa también configurar un espacio seguro que acoja y no censure las expresiones emocionales, como suele ocurrir en procesos de justicia ordinaria. Ese espacio seguro, en términos de la propia magistrada, debe reiterar que el Estado, encarnado

[47] JEP, *Archivos vivos*. Disponible en: https://www.youtube.com/watch?v=5CAzr7l8wc4, minuto 10.33. Véase también: JEP, "¿Cómo entender la justicia restaurativa y el rol que juega frente a los comparecientes?". Disponible en: https://www.youtube.com/watch?v=OtsdTTbPrCY&t=39s.

[48] JEP, *Archivos vivos*. Disponible en: https://www.youtube.com/watch?v=exAIYVtCs7k.

[49] JEP, *Archivos vivos*. Disponible en: https://www.youtube.com/watch?v=f151wwwk_bs.

[50] JEP, *Archivos vivos*. Disponible en: https://www.youtube.com/watch?v=YVmWn-a9mIk&t=77s, minuto 1.22.

[51] JEP, *Archivos vivos*. Disponible en: https://www.youtube.com/watch?v=EDf_j7xDJMY&t=95s, minuto 2:10.

[52] JEP, *Archivos vivos*. Disponible en: https://www.youtube.com/watch?v=haXjOQV2YAo&t=109s.



Foto 5: Edward Díaz, Danilo Conta y Héctor Angulo, víctimas de secuestro extorsivo, en la Audiencia de Reconocimiento del Macrocaso 01, frente a ellos, se encuentran sentados los comparecientes; en el centro, la magistratura presidiendo la audiencia, mientras se proyecta la ilustración de don Gerardo Ángulo y su señora Carmenza Castañeda, elaborada por sus hijos para honrar la memoria de sus padres. Bogotá, Biblioteca Virgilio Barco, 22 de junio de 2022. Nicole Acuña, Grupo de Comunicaciones de la JEP.

en la JEP, es capaz de acoger, escuchar y actuar de manera imparcial de tal suerte que la desconfianza que ha marcado el vínculo ciudadanía-instituciones se transforme y pueda dar lugar a lazos de confianza y reconocimiento mutuo.

Las víctimas y su presencia en las audiencias

Ya hemos mencionado que el escenario simbólico de las audiencias de reconocimiento se distancia de aquel que la justicia transicional ha asumido en casos anteriores. Estos cambios se acompañan con transformaciones en la manera en que las víctimas hacen presencia y ofrecen su testimonio en los procesos judiciales.

En las audiencias de reconocimiento, las víctimas tienen un espacio para intervenir, que cada una maneja con libertad, dentro de unas normas mínimas explicitadas al inicio de cada encuentro.[53] Cuando una víctima inicia su

[53] "Tanto los sujetos procesales como intervinientes especiales podrán hacer uso de la palabra únicamente cuando haya sido autorizado por la magistrada que preside la presente diligencia y no podrán retirarse del recinto antes de que la Sala de Reconocimiento indique el momento para efectuar el receso correspondiente. Posteriormente, deben esperar a que la diligencia termine. El

intervención, ella la organiza siguiendo sus propios ritmos; el testimonio no está puntuado por preguntas formuladas por la magistratura y, en general, las intervenciones se dirigen prioritariamente a los comparecientes y, en ocasiones, "al país entero que sigue las audiencias". Justamente porque las víctimas se dirigen prioritariamente a los comparecientes, las dos mesas, la de las víctimas y la de los comparecientes, se encuentran la una frente a la otra, al mismo nivel (foto 5).

Por otra parte, las intervenciones, más que ser descripciones puntuales de hechos acaecidos, se constituyen en narrativas complejas de memoria y esclarecimiento que se expresan en los cuerpos y en los gestos, las entonaciones y expresiones de las víctimas, y que dan cuenta de un cúmulo de emociones diversas –duelo, indignación, tristeza, abatimiento, rabia, desconfianza, reclamo airado–, y son esas emociones las que se toman el estrado judicial. Es evidente que, en contraste con los procesos ordinarios, en estas audiencias el cuerpo asume una presencia menos sobria y regulada. Está ahí, muy presente, para contar una historia a través de gestos y expresiones.



Foto 6: Sargento (r) Lasso. Audiencia de Reconocimiento Macrocaso 01, 21 de junio de 2022. Isabel Valdés, Grupo de Comunicaciones de la JEP.

recinto permanecerá cerrado durante el desarrollo de esta audiencia. Se prohíbe todo acto que atente contra la dignidad de las víctimas, de los comparecientes, de la magistratura y de la Procuraduría. Igualmente, de los demás asistentes de esta audiencia. En caso de incumplimiento, las magistradas y magistrados de la Sala de Reconocimiento podrán tomar de forma inmediata las medidas correctivas que consideren necesarias para asegurar el correcto desarrollo de la audiencia de la JEP". (Transcripción, 2022).



Foto 7: Intervención de Daniela Arandia, hija Gerardo Arandia, el geólogo desaparecido, acompañada de una foto de ella y su hermano en brazos de su padre. Audiencia de Reconocimiento, Secuestro con fines de control territorial y social, Bogotá, Biblioteca Virgilio Barco, 22 de junio de 2022. Nicole Acuña, Grupo de Comunicaciones de la JEP.

En ocasiones, la intervención toma forma performática, como en el caso del sargento (r) Lasso, quien, para dar cuenta de lo vivido durante su secuestro que se prolongó por 13 años, declaró que en ocasiones "prefería morir que seguir viviendo" y se paró, con una cadena en la mano que se puso al cuello, y prosiguió: "porque las cadenas de la humillación, amarradas al cuello, atadas a un compañero, fueron la peor de las humillaciones".[54] Así, voz y cuerpo se acompañan de una cadena, una presencia material que encarna simbólicamente la memoria de lo padecido (foto 6).

En otras ocasiones, cuando la víctima no retornó del secuestro, sus familiares la hacen presente en el auditorio llevando fotografías que son proyectadas en las pantallas gigantes que cuelgan detrás de la magistratura y que dan cuenta de vínculos afectivos tejidos en una vida cotidiana compartida.

Así lo hicieron, por ejemplo, Daniela Arandia y su madre Marta Alcía Ospina, hija y esposa del geólogo secuestrado-desaparecido Gerardo Arandia (foto 7). La intervención de Daniela es particularmente estremecedora, pues ella, a pesar de haber perdido a su padre muy joven, elabora sobre las razones que tiene para otorgar el perdón, pero implora para que quienes hayan estado con su padre los últimos días de cautiverio compartan con ella memorias de esos momentos: "Mi

[54] Intervención del sargento Lasso, Audiencia de Reconocimiento, Macrocaso 01, 21 de junio de 2022. Disponible en: https://www.youtube.com/watch?v=NB6uqd5wQVE.



Foto 8: Edward Oswaldo Díaz, hijo del exconcejal de Palmira don Oswaldo Díaz Cifuentes, hace su intervención que viene acompañada de la fotografía de su padre abrazándolo. Audiencia de Reconocimiento, Secuestro extorsivo, Bogotá, Biblioteca Virgilio Barco, 22 de junio de 2022. Nicole Acuña, Grupo de Comunicaciones de la JEP.

historia tiene un vacío muy grande que tiene que ver con todo lo que fue mi papá, porque su historia es mi historia [y quiero que ustedes entiendan] la importancia [que reviste para mí conocer] los detalles que para ustedes pudieron ser muy pequeños pero que para nosotros pueden ser el bálsamo que cura la herida".[55]

Este también fue el caso del señor Edward Oswaldo Díaz, hijo del exconcejal de Palmira don Oswaldo Díaz Cifuentes, secuestrado y posteriormente asesinado en manos de las FARC-EP. Mientras increpa a los comparecientes y ofrece un recuento del sufrimiento padecido por su familia y él, en las pantallas se proyecta una foto suya en los brazos de su padre (foto 8).

En otras ocasiones, como en el caso de don Gerardo Angulo y su señora Carmenza Castañeda, personas mayores asesinadas en cautiverio, sus hijos mandan a dibujar un retrato en honor a sus padres que se proyecta en las pantallas de gran formato, mientras don Héctor Angulo reconstruye el viacrucis de la familia (foto 9).

En el retrato aparece de fondo un bordado, afición de doña Carmenza, y en un primer plano, la casa en la Calera donde ellos vivían, suspendida en el aire y

[55] JEP, *Archivos vivos*. Disponible en: https://www.youtube.com/watch?v=FSK1YxoJAKI.



Foto 9: Mientras don Héctor Ángulo ofrece testimonio de su viacrucis en la búsqueda de los cuerpos de sus padres, don Gerardo Ángulo y su señora Carmenza Castañeda, secuestrados por las FARC-EP, en pantalla se proyecta la ilustración que mandaron a hacer sus hijos para honrar la memoria de sus padres. Audiencia de Reconocimiento, 22 de junio de 2022. Nicole Acuña, Grupo de Comunicaciones de la JEP.

rodeada de flores. Él, serio; ella, sonriente, parados al lado el uno del otro, en una postura que da cuenta de la solidez de la pareja, sensación que se constata cuando su hijo, don Héctor Ángulo, relata que doña Carmenza, a pesar de su edad y sus afecciones físicas, se negó a abandonar a su marido cuando lo secuestraron.

Don Héctor acompaña su intervención de algunas fotografías que dan cuenta de la búsqueda incansable que él y sus hermanos han llevado a cabo durante 22 años para recuperar los cuerpos de sus padres y proyecta también en las pantallas un mapa con el largo y duro recorrido que ellos, ya ancianos, tuvieron que hacer durante el cautiverio antes de ser asesinados.[56]

Por otra parte, a través de sus narraciones y la materialidad que las acompaña, las víctimas no solo permiten que quienes no hayan vivido en carne propia el conflicto armado puedan, en un viaje imaginario, comprender los daños y sufrimientos padecidos, y estremecerse y repudiar lo sucedido. Además, en tantos años de lucha contra la impunidad, ellas han buscado *comprender* lo sucedido y por eso han investigado, contrastado fuentes, producido sus propios archivos,

[56] JEP, *Archivos vivos*. Disponible en: https://www.youtube.com/watch?v=4KviKIw4pqw&-t=318s, minuto 5:29.

de tal suerte que tienen lecturas de contexto que en muchos casos aportan piezas fundamentales para esclarecer e identificar *entramados y responsabilidades* de quienes, sin portar insignias y uniformes, también urdieron, orientaron o aportaron recursos para la comisión de estos crímenes. Son sus preguntas y sus señalamientos los que traen al escenario judicial el papel de los "terceros civiles", esos que pueden aportar verdad de manera voluntaria, pero que fueron excluidos de una comparecencia obligada por el fallo de la Corte Constitucional emitido en 2017.[57]

Por ejemplo, don Danilo Conta, víctima de secuestro extorsivo cometido por las FARC EP, relató hechos donde señaló a funcionarios de la Cancillería, la Fiscalía y el DAS (min 20.00).[58] O, en secuestros con fines de intercambio, don Óscar Tulio Lizcano asevera que él sí tiene pruebas de "que en mi secuestro hubo terceros" y que el frente de las FARC que me secuestró "sí tenía alianzas con la clase política tradicional […] las pruebas las tengo […] y los autores intelectuales de mi secuestro están libres" (min 5.04 a 5.05:51). O en el caso de don Óscar Beltrán Cuéllar que se pregunta, frente al asalto del edificio Miraflores en Neiva, "¿quién dio la orden? ¿Quién hizo el negocio? […] Sabemos que hubo la mano de muchos civiles" (min 5.06:49-5.08:59). O, en esa misma audiencia, Sigifredo López pide que digan claramente "quiénes fueron los verdaderos cómplices adentro y afuera de la Asamblea [de El Valle]" (min 5.12:50) y "quiénes fueron los cómplices, los políticos que querían que pasaran cosas terribles" en el departamento (min 3:16.38).[59] Otras víctimas preguntan reiteradamente por el nombre de vecinos, o aun familiares, que hicieron parte de la trama de aliados implicados en los hechos criminales.

Al formular estas preguntas o al hacer estas imputaciones, las víctimas dan cuenta de que entienden perfectamente que el grupo guerrillero, para adelantar estas políticas de secuestro, no podía actuar solo; en otras palabras, permiten comprender cómo el conflicto armado fue engullendo a más y más sectores sociales y políticos, transformando la confrontación en una no solo de índole política, sino también social.[60]

---

[57] "La Corte quitó efectividad normativa a lo pactado en el Acuerdo Final de Paz y estableció que la JEP solo tendría competencia frente a terceros civiles y AENIFPU que se sometieran voluntariamente a la misma. De acuerdo con la Corte, el sometimiento obligatorio de terceros civiles y AENIFPU sustituía la garantía del juez natural, al suponer que un tribunal *ad hoc* y *ex post* juzgue a personas no combatientes que no se han sometido voluntariamente al mismo"(Corte Constitucional, Sentencia C-674, de 14 de noviembre de 2017, M. P. Luis Guillermo Guerrero Pérez. Disponible en: https://www.coljuristas.org/observatorio_jep/documentos/documento.php?id=157#4).

[58] JEP, *Archivos vivos*. Disponible en: https://www.youtube.com/watch?v=VgemTtzx0OM&t=944s.

[59] JEP, Audiencia de Reconocimiento, Caso 01 (Secuestros de las FARC-EP). Disponible en: https://www.youtube.com/watch?v=KckiSIEZRcY.

[60] Los implicados directa e indirectamente van más allá de las organizaciones armadas y muestran cómo las redes de apoyo son mucho más densas de lo que solemos pensar.

Además, sus relatos permiten comprender cómo, en medio de la vorágine de las dinámicas violentas, las alianzas a nivel local no siempre corresponden de manera nítida a los bloques enemigos confrontados en la dimensión nacional, y cómo las alianzas que se tejieron a nivel local eran de orden pragmático (como entre otras lo ha señalado teóricamente Kalyvas).[61] Políticos rivales de otros políticos, vecinos y, en ocasiones, familiares, se vieron implicados, ya sea forzosamente o de manera voluntaria, dejando ver que la organización armada que porta el uniforme es apenas la punta de un iceberg atravesado en sus profundidades por una densa urdimbre violenta. Así, estas intervenciones son vitales porque abren hipótesis que permiten una mirada más compleja del contexto y de cómo los actores armados no eran ajenos a sus entornos.

Además, estas escenas dan cuenta de cómo la presencia, el cuerpo y los objetos que acompañan las intervenciones hablan de una memoria que se expresa a través de múltiples vehículos en un auditorio que es judicial, difuminando las fronteras entre la reconstrucción del pasado en las comisiones de verdad, de carácter extrajudicial, y aquella que hoy se desenvuelve en los tribunales. La voz, los gestos, el cuerpo, pero también las fotografías, los mapas, las cartas, testimonian los acercamientos entre los procesos judiciales y los trabajos de memoria emprendidos por las víctimas, fusión imposible de imaginar si no fuera por el persistente recorrido de luchas emprendido por ellas y sus aliados.

Los comparecientes y la asunción de responsabilidades

El 23 de septiembre de 2019, la comandancia de las extintas FARC-EP, en su primer acto de reconocimiento colectivo, presentó lo que llamó un "resumido relato de nuestra organización". Aunque ellos mismos afirmaban no querer "justificar ninguna conducta que resultó violatoria del DIH", esa puesta en contexto resultaba en un relato donde "las dinámicas de guerra" y la "condición de ejército irregular" de la guerrilla eran los factores explicativos de los secuestros y los vejámenes que los acompañaron.[62] En ese momento, la dinámica retratada en sus versiones se desplegaba como consecuencia del propio conflicto armado y la agencia de la comandancia en ese despliegue no aparecía mencionada: ni su toma de decisiones, ni las omisiones que cometió para impedir los tratos crueles e inhumanos dados a las personas secuestradas.

Es importante recordar esas primeras intervenciones, porque la postura de esa misma comandancia tres años después –en junio de 2022, en las audiencias de reconocimiento– fue totalmente distinta. Entre uno y otro momento, las víctimas y otros funcionarios de la JEP pudieron intervenir. Luego de un esmerado

[61] Stathis N. Kalyvas, "La ontología de la violencia política: acción e identidad en las guerras civiles", *Análisis Político*, n.º 52, 2004, pp. 51-76.

[62] Versión colectiva de exjefes de las FARC-EP por caso secuestro, 23 de septiembre de 2019. Disponible en: https://www.youtube.com/watch?v=p3HO61AyOGA&t=1313s.



Foto 10: Los comparecientes Juan Antonio Lozada, Pastor Lisandro Alape y Rodrigo Londoño. Audiencia de Reconocimiento del Macrocaso 01, Biblioteca Virgilio Barco. Isabel Valdés, Grupo de Comunicaciones de la JEP.

y delicado acompañamiento a víctimas y comparecientes brindado por equipos de la JEP para transitar por la ruta restaurativa, ambos grupos se encontraron frente a frente en espacios privados, los unos para reclamar esclarecimiento y asunción de responsabilidades, y los otros para escuchar con atención y hacer un esfuerzo de comprensión de los daños infligidos a sus víctimas.

Por eso, en la intervención de apertura, cuando la magistrada Lemaitre le otorga la palabra a Rodrigo Londoño, el tono de quien fuera el máximo comandante de las FARC-EP es distinto. Luego de haber leído el diario de Guillermo Gaviria, gobernador de Antioquia asesinado por las FARC-EP durante su secuestro en un fallido intento de rescate, este compareciente no puede sino reconocer "la *ceguera política* que tuvimos en el desarrollo del conflicto". Y se pregunta: "¿Cómo es posible reivindicar ante la humanidad el *cosificar* a una persona y convertirla en mercancía para financiar un proyecto que defendía la dignidad humana cuando la estábamos pisoteando?".[63] Y ante soldados y policías secuestrados con fines de intercambio, reitera: "Nos enceguecimos […] nosotros solo veíamos el uniforme y el fusil. No veíamos al ser humano…[Y se lamenta:] esas FARC no fueron las FARC a las que yo ingresé […] ¡Cómo nos

[63] JEP, *Archivos vivos*. Disponible en: https://www.youtube.com/watch?v=QOMRVvM0kKI&t=27s.

degradamos en la guerra! ¡Cómo la dinámica de la guerra nos degradó! […] Si hay que pedir perdón es a la humanidad por haber cometido tales salvajadas".[64]

Las expresiones que acompañan esa asunción de responsabilidades reiteran el sentimiento de vergüenza expresado verbalmente (foto 10) y no dejan duda del viaje moral que la confrontación con el testimonio de las víctimas ha provocado en él.

Pero los comparecientes, en sus intervenciones, no solo ponen en público las reflexiones y las emociones que les suscita escuchar los daños desencadenados por sus decisiones y omisiones. Así como las víctimas aportan al esclarecimiento de los contextos y los entramados, los comparecientes también lo hacen. Por ejemplo, en secuestros extorsivos, Pastor Alape, en su intervención, reconoce que las FARC y el ELN pactaron alianzas alrededor de la extorsión: "se cobraba $10.000 por cabeza de ganado, 5.000 para las FARC y $5.000 para el ELN". Luego, cuando en sus propias palabras el secuestro "se sale de proporciones", las FARC-EP hacen acuerdos con bandas y terminan "lumpenizando la organización". Y no solo con esas bandas, sino con estructuras del Estado, como el Departamento Administrativo de Seguridad (DAS) en una época, o el Cuerpo Técnico de Investigación (CTI), porque "la inteligencia era vital" y se pagaba por ella (min 5:26). A renglón seguido, menciona lo que en principio parece una alianza imposible, la de ganaderos y el Frente IV de las FARC en el Magdalena Medio contra cuatreros que operaban en la región. Con las dinámicas cambiantes del conflicto, lo que una vez fuera una alianza en particular con Henry Pérez, se transforma más tarde en enemistad e inquina cuando el Frente XI de las FARC secuestra al padre de Pérez, y entonces el antiguo aliado se transforma en acérrimo enemigo y promueve las Autodefensas Campesinas del Magdalena Medio.[65]

Como en el caso de las víctimas, los aportes al esclarecimiento de los contextos que elaboran los comparecientes nos muestran alianzas imposibles de descifrar desde una mirada de bloques ideológicos enfrentados. Las dinámicas a nivel local y regional son cambiantes, y responden a aversiones y conflictos ininteligibles desde esa dimensión.

Reflexiones de cierre

Este texto empezó haciendo hincapié en que una condición propicia para que se desencadene la asunción de responsabilidades en un tribunal transicional es la existencia de víctimas con largas trayectorias de lucha y repertorios con gran fuerza comunicativa; una segunda circunstancia apunta a la formación

[64] JEP, *Archivos vivos*. Disponible en: https://www.youtube.com/watch?v=7Q4A9F_OS74.

[65] JEP, *Archivos vivos*. Disponible en: https://www.youtube.com/watch?v=VgemTtzx0OM. En secuestros para fines de intercambio.

de abogados, abogadas y profesionales que se han encontrado con víctimas en espacios híbridos y pueden, desde esa experiencia, desempeñar sus cargos con imaginación. Y una tercera, se refiere a la configuración de escenarios simbólicos donde el testimonio de las víctimas encuentra el espacio-tiempo para desplegarse con toda su fuerza comunicativa y tiene el potencial de interpelar la consciencia moral de los comparecientes.

En efecto, la articulación de estos tres vectores desembocó en una asunción de responsabilidades y reconstrucción de contextos por parte de los comparecientes a la vez esclarecedora y estremecedora. Estremecedora por cuanto permite a quienes son testigos de estas audiencias presenciar el viaje moral doloroso emprendido por los comparecientes. De justificar lo injustificable, los comparecientes transitan al reconocimiento doloroso de que, en medio de la vorágine de la guerra, adoptaron decisiones que los llevaron a deslizarse hacia la normalización de conductas que degradan, tanto su propio sentido de humanidad como el de sus víctimas. Y desde la dimensión del esclarecimiento, tanto ellos como las víctimas brindaron además información e hipótesis sobre alianzas y contextos que permiten agregar piezas al rompecabezas y comprender cómo las organizaciones armadas no actuaban solas, sino que contaban con complicidades sociales y políticas que, en muchos casos, la sociedad no quiere reconocer.

Unos y otros aportes podrían contribuir a abrir debates e investigaciones cruciales para el tránsito del país hacia la paz. Por un lado, las reflexiones de los comparecientes sobre el uso de las armas en política, y los riesgos que esta combinación entraña,[66] podrían servir de apertura a un debate serio sobre la combinación de violencia y democracia que ha acompañado la construcción del Estado-nación en Colombia. Curiosamente, en un país ansioso por alcanzar la paz y, a la vez, hundido en nuevos ciclos de violencia, la combinación de armas y política no es objeto de un debate público serio donde se discuta abiertamente la relevancia, el sentido histórico o la pertinencia de la opción armada en el contexto actual. Esta ausencia, o este silencio en torno a un asunto crucial, podría ser uno de los engranajes que explica la perpetuación de esta combinación de armas y política en un país que, a la par de vivir nuevos ciclos de violencia, se expresa y reclama el derecho a vivir en paz y a tramitar sus conflictos por otras vías.

De no contar con el concurso de otras mediaciones sociales (medios de comunicación masivos y comunitarios, universidades, instituciones escolares, centros de pensamiento, organizaciones civiles), la potencia en semilla de lo que acontece en las audiencias, en lugar de fructificar en conversaciones dolorosas pero necesarias, podría marchitarse antes de tiempo con consecuencias

[66] A medida que se perpetúan las dinámicas armadas, ellas van engullendo la distancia crítica necesaria para reconocer alertas y evitar los deslizamientos morales que pueden ocurrir y culminar en la normalización de conductas que degradan la humanidad misma y cambian la vida para siempre, tanto de los responsables como de quienes las padecieron.

trágicas para Colombia. Y es que la ciudadanía colombiana solo podrá decantar una consciencia pública crítica de lo vivido si las audiencias resuenan y animan debates sostenidos, pues es de esas conversaciones públicas de donde pueden emerger las convicciones y creencias necesarias para tejer las barreras a la combinación de violencia y democracia que el Acuerdo de Paz quería derrotar. De lo contrario, y a pesar de los enormes esfuerzos y cuantiosos recursos invertidos en entidades como estas, Colombia podría seguir entrampada en las sendas ya conocidas de las violencias no procesadas, esas que dejan heridas abiertas y sin sanar, a las que se suman las que dejan a su paso los nuevos ciclos de violencia en los que se encuentra sumido el país.[67]

Bibliografía

Alvarado Lozada, Mauricio, "Los rostros de las víctimas en las audiencias de perdón de las Farc", *El Espectador*, 22 de junio de 2022. Disponible en: https://www.elespectador.com/judicial/en-fotos-los-rostros-de-las-victimas-en-las-audiencias-de-perdon-de-las-farc/.

Bourdieu, Pierre, *Language and Symbolic Power*, Harvard, Harvard University Press, 2003.

Caro Romero, Felipe, "Más allá de Stonewall: el movimiento de liberación homosexual de Colombia y las redes de activismo internacional, 1976-1989", *Historia Crítica*, n.° 75, 2020, pp. 93-114. https://doi.org/10.7440/histcrit75.2020.05.

Centro de Análisis Político, Eafit, "El Estado siempre llega tarde: una reflexión con Julieta Lemaitre", *Encuentros de Semana*, 2019. Disponible en: https://www.youtube.com/watch?v=lYnAapcD2M8.

Centro Nacional de Memoria Histórica, Iván Orozco Abad, María Victoria Uribe, Gina Cabarcas y Luis Carlos Sánchez, *Justicia y paz: ¿verdad judicial o verdad histórica?*, Bogotá, Taurus, 2012.

Centro Nacional de Memoria Histórica, *Rostros de la memoria*, Bogotá, CNMH, 2015. Disponible en: https://www.youtube.com/.tch?v=L1rtYZ8toMY&list=PLAaTPARKqv4WNqJUMUQGfoYoRGWKecXKe&index=22.

Centro Nacional de Memoria Histórica, *El derecho a la justicia como garantía de no repetición*, Bogotá, CNMH, 2016.

Centro Nacional de Memoria Histórica, *Memorias étnicas. Procesos y experiencias en memoria histórica con comunidades étnicas*, Bogotá, CNMH, Usaid, OIM, 2017.

Fraser, Nancy, *Iustitia interrupta: reflexiones críticas desde la posición "postsocialista"*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, 1997.

[67] Gonzalo Sánchez Gómez, *Guerras, memoria e historia*, Bogotá, La Carreta Editores, 2006.

García Durán, Mauricio, "Alternativas a la guerra: iniciativas y procesos de paz en Colombia", *Controversia,* 2004.

Ginzburg, Carlo, *El juez y el historiador: consideraciones al margen del proceso Sofri*, Madrid, Anaya & Mario Muchnik, 1993.

Grupo de Memoria Histórica, *Memorias en tiempos de guerra. Repertorios de iniciativas*, Bogotá, Puntoaparte Editores, 2009.

Grupo de Memoria Histórica, *¡Basta ya! Colombia: Memorias de guerra y dignidad*, Bogotá, CNMH, DPS, 2013.

Kalyvas, Stathis, "La ontología de la violencia política: acción e identidad en las guerras civiles", *Análisis Político*, n.º 52, 2004, pp. 51-76.

Laurent, Virginie, *Comunidades indígenas, espacios políticos y movilización electoral en Colombia, 1990-1998. Motivaciones, campos de acción e impactos,* Paris, Institut français d'études andines, 2005.

Lecombe, Delphine, *Justicia transicional en Colombia*, Bogotá, Cuadernos del CIPE, Universidad Externado de Colombia, 2011.

Lecombe, Delphine, *Nous sommes tous en faveur des victimes. Usages sociaux et politiques de la justice transitionnelle en Colombie* (tesis de grado para optar al título de Doctor en Ciencias Políticas, Instituto de Estudios Políticos Science Po, Paris, Francia), 2013.

Mahoney, James y Kathleen Thelen, eds., *Explaining Institutional Change: Ambiguity, Agency, and Power*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009.

McAdam, Doug, Sidney Tarrow y Charles Tilly, *Dynamics of contention,* Cambridge, Cambridge University Press, 2008.

Ministerio de Justicia y del Derecho, *La Ley de Justicia y Paz y el regreso a la vida civil. Régimen de libertades, resocialización y reintegración de personas postuladas*, Bogotá, Ministerio de Justicia y del Derecho, OIM, 2015.

Munar Rodríguez, Lorena Carolina, "Compulsas contra terceros, la gran deuda del proceso de Justicia y Paz", *El Tiempo*, 25 de julio de 2020.

Pérez Ortega, Jesús María, *Luchas campesinas y reforma agraria: memorias de un dirigente de la ANUC en la Costa Caribe*, Bogotá, Puntoaparte Editores, 1995.

Orozco Abad, Iván, *Sobre los límites de la conciencia humanitaria: dilemas de la paz y la justicia en América Latina*, Bogotá, Temis, 2005.

Orozco, Iván, Catalina Peralta y Gonzalo Sánchez, "Secuestro: ¿de rebeldes en la política a criminales en la justicia? (Crónica sobre la audiencia de secuestro en Bogotá)", *Análisis Político,* n.º 106, 2023, pp. 318-345.

Sánchez Blake, Elvira, "La narrativa del conflicto en textums de resistencia: las tejedoras de Mampuján", en María Emma Wills, *Narrativas artísticas del conflicto armado colombiano. Pluralidad, memorias, interpelaciones,* Bogotá, Uniandes, 2021.

Sánchez Gómez, Gonzalo, *Guerras, memoria e historia*, Bogotá, La Carreta Editores, 2006.

Schirmer, Jennifer, "The seeking of truth and the gendering of consciousness. The CoMadres of El Salvador and the Conavigua widows of Guatemala", en Sarah Radcliffe y Sallie Westwood (eds.), *VIVA. Women and Popular Protest in Latin America*, London, New York, Routledge, 1993.

Tate, Winifred, *Counting the Dead: The Culture and Politics of Human Rights Activism in Colombia*, Berkeley, University of California Press, 2007.

Todorov, Tzvetan, *Los abusos de la memoria,* Madrid, Paidós, 2013.

Uprimny, Rodrigo, *¿Justicia transicional sin transición?: verdad, justicia y reparación para Colombia,* Bogotá, *Dejusticia*, 2006.

Uribe de Hincapié, María Teresa, "Las soberanías en disputa: ¿conflicto de identidades o de derechos?", *Estudios Políticos*, n.º 15, 1999, pp. 23-45. Disponible en: https://doi.org/10.17533/udea.espo.16673.

Verdad Abierta, "Justicia y Paz: lecciones aprendidas en 10 años. Especial 10 años de Justicia y Paz", 15 de diciembre de 2015. Disponible en: https://verdadabierta.com/justicia-y-paz-lecciones-aprendidas-en-10-anos/.

Velásquez, Magdalena, Catalina Reyes Cárdenas y Pablo Rodríguez, *Las mujeres en la historia de Colombia*, Bogotá, Consejería Presidencial para la Política Social, Presidencia de la República de Colombia, Editorial Norma.

Wills Obregón, María Emma, "Nuevas y viejas ciudadanías: la apuesta por una nueva democracia", en José Bernardo Toro *et al.*, *Camino hacia nuevas ciudadanías*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, Instituto Pensar, Departamento Administrativo de Bienestar Social, Alcaldía de Bogotá, 2004.

Wills Obregón, María Emma, *Inclusión sin representación: la irrupción política de las mujeres en Colombia (1970-2000)*, Bogotá, Editorial Norma, 2007.

Jusrispudencia

Congreso de Colombia, Ley 1922 del 18 de julio de 2018, *Diario Oficial* 50.658 de 18 de julio de 2018.

Corte Constitucional, Sentencia C-674 del 14 de noviembre de 2017, M. P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

19

Notas para una reconstrucción epistemológica del principio dialógico-discursivo como fundamento de la Jurisdicción Especial para la Paz

‹ÓSCAR MEJÍA QUINTANA› Profesor Titular, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, Universidad Nacional de Colombia. Filósofo (UNC), M.A. en Filosofía Moral y Ph. D. en Filosofía Política (P.W.U., USA), Doctorado en Filosofía del Derecho y Posdoctorado en Derecho (UNC).

Resumen: El principio dialógico requiere una reconstrucción que dé cuenta de sus fundamentos epistemológicos, retomando la diferenciación planteada por H. L. A. Hart, tanto desde el punto de vista externo del sistema jurídico que predica su legitimidad y eficacia como desde el punto de vista interno que predica la validez del mismo, y que, abordando sus dos caras, muestre la cooriginalidad entre el principio dialógico de origen político-moral y el principio discursivo de proyección jurídico-política que operan en el derecho y la decisión judicial.

Palabras clave: principio dialógico; principio discursivo; legitimidad; eficacia y validez.

Abstract: The Dialogical Principle requires a reconstruction that accounts for its epistemological foundations, returning to the differentiation, raised by HLA Hart, both from the external point of view of the legal system that predicates its legitimacy and effectiveness and from the internal point of view that predicates its validity, and that, addressing its two facets, shows the co-originality between the Dialogical Principle of political-moral origin and the Discursive Principle of legal-political projection that operates within the law and the judicial decision.

Keywords: Dialogic principle; discursive principle; legitimacy; validity; efficacy.

VOLVER A TABLA DE CONTENIDO

Introducción

A partir de una invitación que la JEP le hiciera al suscrito en un encuentro de sus diferentes salas, este escrito busca reconstruir el principio dialógico-discursivo a fin de evidenciar el profundo sustento dialogal que su dinámica supone. El ejercicio teórico, por supuesto, conduce a una fundamentación epistemológica que quisiera presentar, recurriendo a la distinción de H. L. A. Hart en su *Concepto de Derecho*,[1] desde las dos perspectivas que introduce frente a un sistema jurídico: el punto de vista externo del observador, que define la legitimidad y eficacia del mismo, y el punto de vista interno, que define la validez de las normas del ordenamiento.

Como principio requiere, reitero, una fundamentación epistemológica que dé cuenta de los supuestos epistémicos que lo constituyen y para lo cual asumiré como guía metodológica la de su reconstrucción genético-estructural en la medida en que el espacio lo permita. Intentaré, en ese orden, dar cuenta de su posible sustentación, orientándome para el efecto en la siguiente hipótesis de trabajo: la reconstrucción del principio dialógico-discursivo requiere un abordaje que dé cuenta de sus fundamentos epistemológicos retomando la diferenciación, planteada por H. L. A. Hart tanto desde punto de vista externo del sistema jurídico, que predica su legitimidad y eficacia, como desde punto de vista interno, que predica la validez del mismo, y que, abordando sus dos caras, muestre la cooriginalidad entre el principio dialógico de origen político-moral y el principio discursivo de proyección jurídico-política que opera en el derecho y la decisión judicial como instancias de corrección integral de la legalidad.

El itinerario que seguiré es el siguiente: en la primera parte, desde el punto de vista externo, abordaré la lectura deliberativa del imperativo categórico kantiano, la crítica de Hegel y las inferencias en el joven Marx; enseguida, las consecuencias del absolutismo legocéntrico de la primera mitad del siglo XX, que da paso a una primera fundamentación del principio dialógico (PD) en Rawls, su teoría de la justicia y la crítica comunitarista. Posteriormente, retomaré la teoría de Habermas y sus sustanciales implicaciones para la fundamentación epistemológica del PD, para terminar la primera parte con los aportes de la tercera Escuela de Frankfurt al PD en las versiones de Wellmer y Honneth.

En la segunda parte, ahora desde el punto de vista interno del derecho, proseguiré con la concepción política de la justicia del segundo Rawls, para pasar enseguida a la fundamentación más fuerte del principio discursivo jurídico (PDJ) que harán Dworkin y, particularmente, Alexy; la concepción del derecho como integrador social de Habermas y la inferencia que desde Günther puede hacerse del PDJ como coherencia (político-)moral, para culminar con el aporte

[1] H. L. A. Hart, *Concepto de derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1995.

del (pos)iusnaturalismo (crítico) a la definición epistemológica de este principio dialogal en el derecho.

PRINCIPIO DIALÓGICO (POLÍTICO-MORAL) DESDE EL PUNTO DE VISTA EXTERNO

El antecedente, al menos en la cultura occidental, del principio dialógico moral (PDM) de ascendencia político-moral (así lo denominaré para referirlo desde el punto de vista externo) obviamente se encuentra en la Grecia antigua. La mayéutica fue el método socrático para la indagación de perspectivas subyacentes al diálogo. De esta manera, la dialéctica platónica es una derivación de la mayéutica socrática la cual, en esencia, se basa en el preguntar.

Sócrates, enfrentado a un problema, preguntaba por su definición. A esta oponía un cuestionamiento, a fin de lograr una segunda enunciación más profunda que, a su vez, confrontaba con otra pregunta y así, paulatinamente, ir depurando y afinando la cuestión. De esta forma, por medio de preguntas, la mayéutica o dialéctica permite cualificar la problemática con sus sucesivos esclarecimientos hasta lograr perfilar una verdad integral y comprehensiva.

Kant, el imperativo categórico y el principio dialógico moral en Hegel y Marx

Imperativo categórico en clave dialógica

Una de las mayores distorsiones sobre Kant ha sido reducir el imperativo categórico a una interpretación monológica, propia de la filosofía de la conciencia y de la teoría del contrato social de la modernidad temprana. Ya en Hobbes, pese a su individualismo posesivo, hay un ascendente deliberativo de origen republicano (en oposición al liberalismo monológico) y esa tensión, liberalismo-republicanismo, se proyecta también a la filosofía práctica kantiana que es liberal en su antropología filosófica, pero republicana en su filosofía política y jurídica, para recaer en el liberalismo cuando cierra la puerta de la desobediencia civil.[2]

El imperativo categórico es la concreción de los tres principios de la moral kantiana: universalidad, autonomía y libertad (subjetiva), que también está mediado por la categoría de *Contractus Originarius* que es la que sustenta la prioridad del derecho público sobre el derecho privado en la medida que es el consenso político el que permite respaldar y desde el cual se superan los conflictos del estado de naturaleza. Durante casi dos siglos, a la enunciación del imperativo categórico, "que la máxima que oriente tu acción, como legislador universal, sea hacer del otro un fin y nunca un medio", se le dio una interpretación

[2] Emmanuel Kant, *La paz perpetua*, Madrid, Aguilar, 1967, p. 52.

monológica y no dialógica, que se distorsiona precisamente en la fórmula "como legislador universal" que, en general, no fue leída como producto de una deliberación universal, libre y autónoma, de la que el sujeto ha hecho parte.

Esta genuina interpretación dialógica será evidenciada dos siglos después en las inferencias que se desprenderán de Rawls, Habermas y Tugendath, entre otros,[3] y sus lecturas intersubjetivas del imperativo categórico, lo que daba cuenta, además, de que en Kant la razón filosófica funge como razón jurídico-política deliberativa. El imperativo categórico y su expresión deliberativa permiten así *fisurar* las murallas del sujeto monológico, aislado y encerrado en una racionalidad abstracta.[4]

Hegel y la dialéctica

El PDM tiene un replanteamiento en Hegel que lo relacionará con su dialéctica como fundamento metódico de su sistema filosófico. En el Prólogo a *La fenomenología del espíritu* (1807), Hegel sostendrá al respecto: "lo verdadero es el todo" y "el método, no es en efecto, más que la estructura del todo elevada a su esencialidad pura". Así, la expresión de la dialéctica está directamente enlazada al sistema en su totalidad, lo que a su vez lo enlaza con la categoría central de su filosofía, la de alienación.

La historia de la idea, desde su origen cosmológico, así como la del género humano (el espíritu, en Hegel) es, para este, la historia de su alienación, de su divorcio, de su desgarramiento frente al mundo. Su ideal, su aspiración permanente, es alcanzar la libertad auténtica teniendo como punto de partida la superación de esta alienación, en otras palabras, la reconciliación y la recuperación del dominio sobre el mundo.

La dialéctica deriva su *estructura triádica* del desarrollo de la idea a través de los tiempos: inicialmente la Idea (en sí), posteriormente el Mundo (idea fuera-de-sí, primer momento de su alienación) y tercer momento el Espíritu (género humano en la historia, segundo momento de su alienación, Idea para-sí) que, a su vez, discurrirá en tres momentos: espíritu subjetivo, espíritu objetivo y espíritu absoluto donde, finalmente, después de sus consecutivas alienaciones y desgarramientos, se produce la reconciliación final, idea-género humano-libertad, superándose la alienación y logrando la identidad sujeto-objeto total en la historia.

De allí la afirmación de Hegel de que la dialéctica refleja la dinámica del todo, que a su vez es el desarrollo desde su alienación inicial hasta la reconciliación final, pues sus tres momentos: momento afirmativo, momento negativo, momento de la reconciliación, son la expresión del movimiento de la idea desde su origen hasta su identificación definitiva con el hombre y la historia. El PDM

[3] Emmanuel Kant, *Filosofía de la historia*, Buenos Aires, Editorial Nova, 1964, pp. 167-168.

[4] Emmanuel Kant, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, México, Porrúa, 1986, p. 52.

queda con esto amarrado a la dialéctica histórica de una parte (negación de la negación) y a la alienación de otra.

En todo ese contexto se concreta, además, la crítica de Hegel a la moral kantiana que, en últimas, expresa la impotencia de la burguesía revolucionaria de la Revolución Francesa por conciliar la idea de Dios-libertad con la sociedad, y cuya consecuencia es una salida ficticia, la moral kantiana y su extensión jurídica. La revolución no reconcilió libertad y sociedad, no superó la alienación idea-sociedad, y optó por una libertad e igualdad formales –moral y jurídica en el código civil–, como fundamento abstracto de esa reconciliación fallida, pero que no solucionó el desgarramiento social y los conflictos reales. De ahí las objeciones de Hegel a la moral kantiana: formalista, universalista, mera intención subjetiva, en últimas, la impotencia del deber ser. Impotencia que lo es también de la conciencia jurídica que funge como un "alma bella", meramente voluntarista, formal, impotente ante una realidad que pretende solucionar con fórmulas legales vacías.

Principio dialógico y enajenación en el joven Marx

En el joven Marx, el problema de la alienación se transforma, en el marco del capitalismo, en enajenación, como ya lo plantea en los *Manuscritos económico-filosóficos del 44*, y que más tarde se ampliará, en *El Capital*, a la categoría del fetichismo de la mercancía. El PDM se articula aquí de manera expresa, no solo a la dialéctica materialista, sino a la enajenación económica en unos términos que trataré de explicitar enseguida.

El concepto central de la reflexión del joven Marx es de qué manera la autoactividad constituye el sustrato de la objetivación del ser humano en el mundo. Marx desliga alienación y objetivación, que Hegel identificaba –como lo señalará casi un siglo después Georgy Lukács– y muestra que la segunda no es una expresión alienante sino, al contrario, una manifestación que humaniza el entorno. Pero cuando el producto de la autoactividad humana se lo apropia un poder extraño, el burgués en el capitalismo, el Estado en el socialismo estalinista (de ahí la censura de Stalin al joven Marx), allí tenemos una situación enajenante que hay que superar.

Esto también se complementa con la *Introducción a la Crítica de la Filosofía del Derecho de Hegel* (1843), donde el joven Marx plantea su famosa fórmula: "la religión es el opio del pueblo", que enseguida profundiza afirmando que "la crítica del cielo se cambia así en la crítica de la tierra, la crítica de la religión en la crítica del derecho, la crítica de la teología en la crítica de la política". Lo cual dará más tarde pie a Pashukanis, el teórico marxista del derecho en la Rusia estalinista, para afirmar que en el capitalismo –y por extensión en el socialismo estalinista– el opio del pueblo es el derecho y, por tanto, frente al fetichismo jurídico que representa, el derecho tiene que extinguirse junto al Estado.

De ahí la razón por la que, en este periodo de juventud, el medio que el joven Marx concibe para superar esa condición económica, social y política enajenante sea una *democracia real o plena*, una democracia revolucionaria (todavía no se ha concretado la figura posterior de la dictadura del proletariado) que permita lograr un hombre desenajenado, un *hombre total*, que se reapropie de su autoactividad enajenada, y que es, por tanto, condición *sine qua non* de la verdadera emancipación. El PDM queda con esto relacionado, indirectamente, con la dialéctica materialista como un principio de negación de toda situación enajenante.

Crisis del absolutismo legal y ambientación del principio dialógico moral

No puedo dejar de mencionar lo que para el derecho significaron el nazismo, el Holocausto y, en especial, los juicios de Núremberg y Tokio, donde los criminales de guerra quisieron defenderse con al argumento de que eran inocentes porque habían cumplido la ley. Esto genera básicamente la reacción de Radbruch y del iusnaturalismo kantiano de que el derecho no podía seguir amarrado a la ley y tenía que concebirse una instancia superior, la justicia, desde donde juzgar las leyes extremadamente injustas para no obedecerlas.

Ello origina el giro de Kelsen que culminaría con su aceptación de que el juez no es más "la boca de la ley", dándole a este una discrecionalidad que le permitiera ser un dique contra las leyes injustas, lo cual desarrollaría en la segunda edición de su *Teoría pura del derecho* (1960),[5] que confronta a la primera del 34, y, dos años más tarde, de que la Norma Fundamental no podía ser concebida como una condición lógico-epistemológica del sistema jurídico y tenía por tanto que tener un contenido material desde donde definir los términos de corrección de las leyes injustas.

Propuesta que además H. L. A. Hart ya estaba concretando en su *Concepto de derecho* (1961)[6] cuando critica la concepción imperativista del derecho reducido a "órdenes respaldadas por amenazas", es decir, leyes coactivas sin posibilidad de ser cuestionadas, y concibe frente a ello, primero una reglas secundarias, en particular, la regla de reconocimiento; segundo, desliga de la validez jurídica, que pueden predicar el abogado y el funcionario, la legitimidad y eficacia de un sistema jurídico que solo puede predicar el ciudadano, y, tercero, un derecho mínimo natural, en últimas sustentado en el giro lingüístico del segundo Wittgenstein, que ambienta de nuevo la posibilidad de desobediencia justificada al derecho cuando este no cumple unos mínimos de convivencia social.

El PDM se va configurando en este giro de ascendencia kantiana por el flanco del iusnaturalismo laico de Radbruch y por el lado del segundo Wittgenstein

[5] Hans Kelsen, *Teoría pura del derecho*, México, Porrúa, 1960.
[6] Hart, *Concepto de derecho*, *op. cit*.

deliberativo de Hart, poniendo la primacía de la justicia sobre las leyes injustas el primero, y una regla de reconocimiento y, particularmente, un *derecho mínimo natural*, sustentado dialógicamente desde los juegos de lenguajes privados de la sociedad, el segundo.

Rawls: teoría consensual de la justicia y principio dialógico

El principio dialógico en la teoría de la justicia rawlsiana

El principio dialógico moral tendrá su primer fundamento estructural, por supuesto resultado de todo lo anterior también, en *Teoría de la Justicia* (1971) de John Rawls.[7] Este recupera varios insumos previos: la primacía de la justicia sobre la legalidad; la distinción entre validez como expresión del punto de vista interno del derecho y la legitimidad y eficacia como perspectiva exclusiva del observador del sistema jurídico, y el derecho mínimo natural y la posibilidad de desobediencia justificada a la ley. Pero, igualmente, recupera los planteamientos de Lawrence Kohlberg y de ahí que toda la teoría de la justicia suponga no solo un fundamento deliberativo, sino consensual, en la línea del tercer estadio de desarrollo moral kohlbergiano.

Principio dialógico y posición original

Con la *Teoría de la Justicia*[8] Rawls concibe un procedimiento de argumentación consensual como instrumento para garantizar unos principios de justicia social que sean escogidos dialógicamente, rodeando el proceso de las condiciones necesarias para que no sea contaminado por intereses particulares, y se garantice la universalidad y legitimidad prescriptiva de estos.

El constructo metodológico que utiliza para ello es el de la *posición original*, con el cual se pretende describir un estado hipotético inicial que asegure la neutralidad de los principios y la simetría discursiva y, como consecuencia de ello, su imparcialidad. El PDM queda aquí anclado a la deliberación consensual no solo para la definición de los principios de justicia, sino para todo proceso de concertación institucional.

El *velo de ignorancia* tendrá el propósito de garantizar la potencial discusión simétrica a su interior, asegurando la libertad e igualdad argumentativas de los participantes, con el objeto de que la concepción pública de justicia que se concerte no esté contaminada por intereses particulares. El velo de ignorancia funge así como una constricción argumentativa que garantice la máxima universalidad del PDM.

---

7 John Rawls, *Teoría de la justicia*, México, FCE, 1978.

8 *Idem*.

Desobediencia civil y principio dialógico

Rawls concibe la desobediencia civil como un "acto público, no violento, consciente y político, contrario a la ley, cometido habitualmente con el propósito de ocasionar un cambio en la ley o en los programas de gobierno".[9] La desobediencia civil es un mecanismo de excepción con el que cuentan las minorías para defenderse de una mayoría que promulga leyes que están perjudicándolas y no quiere hacer caso a sus reclamos y exigencias.

A través de la desobediencia civil se está apelando a la defensa del acuerdo consensual original representado en los principios de justicia y es "un acto político, no sólo en el sentido que va dirigido a la mayoría que ejerce el poder político, sino también porque es un acto guiado y justificado por principios políticos, es decir, por los principios de justicia que regulan la constitución".[10] Se concibe, además, como el último recurso en ser utilizado, una vez han sido agotadas todas las vías legales debido a la falta de atención e indiferencia de las mayorías. Rawls reconoce la posibilidad de una radicalización de la desobediencia civil, llegando a adquirir formas violentas, en caso de no ser debidamente atendidas las demandas de los desobedientes, situación que no deslegitima el acto de desobediencia.

La desobediencia civil garantiza y fortalece la estabilidad del sistema político, pues por medio de ella se refuerzan las instituciones justas, permite rechazar las injusticias y corregir las divergencias y disputas. No solo supone un profundo reconocimiento intersubjetivo de los desobedientes civiles entre sí, en el logro de su defensa de los principios de justicia y de la constitución vulnerada por las mayorías, sino que implica la conexión estructural entre el PDM y la contestación ciudadana.

Reflective equilibrium, disidencia y principio dialógico

Sin embargo, en la teoría rawlsiana existe un constructo aún más radical que la misma desobediencia civil, el equilibrio reflexivo: si los principios de justicia se defienden a través de la objeción de conciencia y la desobediencia civil, en lo que es una defensa en últimas de la constitución, el equilibrio reflexivo permite incluso cambiar el consenso sobre los principios, es decir, cambiar la constitución.[11]

Esta figura admite dos lecturas, la primera es *metodológica*, y consiste en buscar argumentos convincentes que permitan aceptar como válidos, en la posición original, los principios concertados. Su relación con el PDM se puede plantear como el reconocimiento y diálogo con la disidencia en el proceso mismo de deliberación. Este equilibrio no se concibe como algo estable o permanente,

[9] *Ibid*., p. 332.

[10] *Ibid*., p. 333.

[11] Véase Johannes Schmidt, "La *original position* y el equilibrio reflexivo", en Lucian Kern y Hans Peter Müller (eds.), *La justicia: ¿discurso o mercado?*, Barcelona, Gedisa, 1992, pp. 82-115.

sino que se encuentra sujeto a transformaciones por exámenes ulteriores que pueden hacer variar la situación contractual inicial.

La segunda lectura del equilibrio reflexivo es *política* y, sin duda, más prospectiva. Aquí, los principios deben ser refrendados por la cotidianidad misma de las comunidades en tres dimensiones contextuales específicas: la de la familia, la del trabajo y la de la comunidad, en general. Solo cuando desde tales ámbitos los principios universales pueden ser subsumidos efectivamente, se completa el proceso.

En conjunto, esto significa, primero, que más que el consenso es la inclusión del disenso radical el criterio normativo, moral, político y jurídico que debe orientar a una sociedad determinada y a un proceso de deliberación colegiada o colectiva. Y, segundo, que el PDM supone la aceptación moral, política y jurídica del disenso frente al mismo consenso.

El giro comunitarista y la razonabilidad como marco del principio dialógico moral

Iniciando la década de los ochenta surge la reacción comunitarista que da origen a una de las más interesantes polémicas filosófico-políticas del siglo XX.[12] MacIntyre, el más radical, caracteriza la discusión moral contemporánea como un conflicto de tradiciones con formas de vida social y racionalidades prácticas no solo diferentes sino, en muchos casos, diametralmente opuestas.[13] Cada cultura es parte de una historia y una tradición con una concepción de justicia y racionalidad que ha entrado en conflicto con otras tradiciones, con diferentes patrones de desarrollo y en distintos momentos de la historia. De aquí se desprende un concepto clave: la razonabilidad como marco del PDM, en la medida en que ese marco de racionalidad práctica, es decir, de razonabilidad, define los parámetros de deliberación y reconocimiento intersubjetivo que las sociedades requieren para dialogar y cohesionarse.

Frente a esto, Rawls reconfigura sustancialmente su posición original y comienza a evidenciarse la toma de distancia frente a Kant, así como la asunción de muchas de las críticas del comunitarismo, en especial de su concepto de razonabilidad.[14] La posición original no está ya constituida por agentes libres e iguales, sino por personas morales, es decir, comunidades o formas de vida.

Esa persona moral posee dos facultades morales: la capacidad de un sentido de justicia efectivo y la capacidad para formar, revisar y perseguir

---

12 Stephen Mulhall y Adam Swift, *Liberals & Communitarians*, Oxford y Cambridge, Blackwell, 1992.

13 Alasdair MacIntyre, *After Virtue*, London, Duckworth, 1981.

14 Victoria Camps, "El segundo Rawls, más cerca de Hegel", *Revista de Filosofía*, n.º 15, 1997, pp. 63-70; Otfried Höffe, "Dans quelle mesure la theorie de John Rawls est-elle kantienne", en *Individu et Justice Sociale*, Paris, Editions du Seuil, 1988, pp. 54-72.

racionalmente una concepción del bien.[15] De ello se desprende un tercer interés de orden superior: proteger y promover su concepción del bien, en otras palabras, su concepción de vida buena. Con lo cual Rawls responde a la crítica comunitarista, marcando su acercamiento a la misma.

La autonomía plena no solo se garantiza por el procedimiento de decisión consensual al interior de la posición original, sino que se realiza en el marco de razonabilidad de la vida diaria de los ciudadanos. Aquí se produce otro sustancial cambio en el planteamiento rawlsiano de teoría de la justicia (TJ): lo razonable subordina y presupone lo racional. Lo cual quiere decir, simplemente, que la deliberación sustancial tiene, en últimas, prioridad sobre los elementos formales del procedimiento. Rawls defiende el procedimiento de consensualización, pero reconoce que la deliberación tiene prelación sobre aquel: es la prioridad de lo razonable sobre lo racional, del diálogo y la deliberación político-moral sobre el procedimiento formal o jurídico.

Cosificación, ética discursiva e imperativo categórico deliberativo

La fundamentación del PDM desde la teoría habermasiana tiene necesariamente varios presupuestos. La primera Escuela de Frankfurt y, en su interior, la visión cabalística-filosófica de Walter Benjamin, en particular sobre el derecho, es el primero. Como lo plantea en *Crítica de la violencia* (1921),[16] el derecho, no solo como legalidad sino como tal, nada tiene que ver con la justicia. Está signado por la lucha demoniaca entre Yahveh y Lucifer, y por eso lleva en su entraña no la condena al castigo, sino la estigmatización de la falta, herencia de aquella lucha demoniaca.

El derecho no es opción ante la violencia, es violencia misma y nos condena a todos como culpables. Por eso, el giro de la primera Escuela hacia la problemática de la enajenación después del suicidio de Benjamin huyendo de los nazis en Francia, y su visión crítica sobre el derecho: Benjamin, un derecho demoniaco y alienador; Horkheimer, un derecho instrumental y autoritario; Adorno, un derecho masificador y deshumanizante, y Marcuse, un derecho hegemónico y unidimensional. De ahí por qué la afirmación de Manuel Reyes Mate en algún momento: "Hay que sacar del infierno al derecho".[17]

El segundo presupuesto lo dan los planteamientos de los abogados de esa primera Escuela de Frankfurt, Franz Neumann y Otto Kirshheimer, quienes confrontan, al interior de la concepción legocéntrica del derecho predominante en la primera mitad del siglo XX, la distinción amigo-enemigo schmittoniana

[15] Enrique Bonete Perales, *Éticas contemporáneas*, Madrid, Tecnos, 1990, pp. 93-102.
[16] Walter Benjamin, *Crítica de la violencia*, Londres, Bloomsbury Academic, 1921.
[17] Citado por Guillermo Hoyos, "La filosofía política de Habermas", en *Ideas y Valores*, 2001.

que se apodera del derecho, e incluso del constitucionalismo liberal, a través del formalismo procedimental y el burocratismo jurídico. Frente a esto reivindican –y esto es lo relevante para nuestra temática– la potenciación del PDM en la sociedad a través de las instancias de la libertad política (Neumann) frente a la libertad jurídica, y de la justicia política frente a la justicia procedimental y constitucional.

Cosificación, ética discursiva y principio dialógico

Derecho como cosificación

El tercer presupuesto, columna vertebral de la fundamentación epistemológica del PDM, es la teoría comunicacional habermasiana. Habermas, representante de la segunda Escuela de Frankfurt, intenta responder a dos preguntas de investigación con su *Teoría de la acción comunicativa* (TAC) de 1981: ¿pueden las sociedades complejas cohesionarse y legitimarse intersubjetivamente a través del derecho? y ¿qué papel emancipatorio puede tener la comunicación en esos contextos? La conclusión de Habermas es que no sirve la propuesta de legitimidad legal-racional de Max Weber (tomo I de TAC) y que tampoco sirve la apuesta de legitimidad funcional de Talcott Parsons (tomo II de TAC): en gran síntesis, el derecho sirve para regular, pero NO para cohesionar y legitimar intersubjetivamente a la sociedad.

Habermas parte de una reconstrucción histórica del proceso de racionalización occidental que permite precisar tres momentos: un primer momento donde el mundo de vida administra directamente los sistemas sociales, en el que la integración sistémica depende de la integración social. En un segundo momento, como resultado del proceso de racionalización capitalista, se produce la separación entre los componentes sistémicos y mundo-vitales, discurriendo de manera paralela la integración sistémica y la integración social. Por último, en un tercer momento, surge una sociedad diferenciada en la cual sistema y mundo de vida se desacoplan y la integración sistémica toma a su cargo la integración social, quedando el mundo de la vida sometido a los medios impersonalizados dinero-poder, desechando la solidaridad y los medios lingüístico-intersubjetivos para garantizar la cohesión social.

En ese marco, la tesis central de Habermas sobre el derecho como cosificación se resume en que este se constituye en el colonizador interno del mundo de la vida a través de los procedimientos jurídicos. Una vez que la sociedad tradicional se está horadando y comienzan a consolidarse los sistemas de acción racional con arreglo a fines de la sociedad moderno-tardía, el derecho se convierte en el instrumento de los diferentes subsistemas para penetrar al mundo de la vida y someterlo a los imperativos sistémicos del que aquel es medio

organizador. De esa manera, la integración social es reemplazada por la integración sistémica.

Estructuralmente esto responde a los fenómenos de extensión y adensamiento del derecho positivo e históricamente a lo que Habermas denomina hornadas de juridización, es decir, las macroestructuras legal-institucionales que a lo largo de la edad moderna han penetrado y racionalizado a la sociedad occidental y, en general, al mundo entero, a saber: Estado burgués (derecho privado), Estado burgués de derecho (derecho público), Estado democrático de derecho (participación ciudadana) y, finalmente, Estado social de derecho.[18]

Ética del discurso, hermenéutica y principio dialógico moral

La ética discursiva se concibe, entonces, como el instrumento de descosificación del mundo de la vida ejercido por el derecho. Habermas le apuesta a que el consenso moral puede echar para atrás la cosificación jurídica. Solo un principio dialógico moral puede fungir como cohesionador social.

Esta ética del discurso establecerá dos principios, el Principio U o principio de universalidad, y el Principio D o principio de argumentación moral, cuya satisfacción permite fundamentar el consenso racional normativo que caracteriza a la acción orientada al entendimiento, propia del mundo de la vida, diferenciándola de la acción orientada al éxito, propia de los subsistemas económico y político-administrativo y sus objetivos estratégico-instrumentales.

El Principio U reza: "toda norma válida ha de satisfacer la condición de que las consecuencias y efectos secundarios que se derivan, previsiblemente, de su cumplimiento general para la satisfacción de los intereses de cada particular, pueda ser aceptada libremente por cada afectado". La justificación de este principio de universalidad solo puede llevarse a efecto dialógicamente a través de un principio de argumentación, el Principio D: "únicamente pueden aspirar a la validez aquellas normas que consiguen (o pueden conseguir) la aprobación de todos los participantes de un discurso práctico". Es la ética del discurso, expresada en tales principios, la que determina las condiciones de posibilidad de una racionalidad comunicativa democrática que, de nuevo, supone el diálogo argumentativo de los participantes como libres e iguales.[19]

Por supuesto, todo esto se ha fundamentado en una reconstrucción racional del lenguaje que, a partir de la pragmática universal, va a definir las condiciones ideales de entendimiento a través de una acción comunicativa no orientada estratégicamente, sino orientada al diálogo y la reconciliación social.

[18] Jürgen Habermas, *Teoría de la acción comunicativa*, Buenos Aires, Taurus, 1990, pp. 502-527.

[19] Véase Jürgen Habermas, "Ética del discurso. Notas sobre un programa de fundamentación", en *Conciencia moral y acción comunicativa*, Barcelona, Península, 1985, pp. 57-134.

Apel, en *Teoría de la Verdad y Ética del Discurso*,[20] ha insistido en que el contenido dialógico de la ética discursiva implica varios aspectos, a saber: autorrenuncia a los propios intereses; reconocimiento de los otros como *alter egos,* compromiso de búsqueda de la verdad y, finalmente, esperanza de una teleología moral en reemplazo de las filosofías de la historia. De ahí se desprendería una ética del discurso que se manifieste como razón moral, dialógica, comunicativa y solidaria. Apuesta que será en cierta manera convalidada por las reflexiones de Tugendhat en *Lecciones de Ética* (1988)[21] cuando plantea, desde el imperativo categórico kantiano, que este supone tres momentos: primero, una moral de la seriedad consigo mismo que permite fundamentar; segundo, una moral del respeto para sí y que desemboca, a partir de ello, tercero, en una moral del respeto recíproco.

Todo esto pone de presente la relación del PDM con el marco hermenéutico en que se desarrollan los términos de razonabilidad intersubjetiva en cualquier contexto. Habermas ha problematizado la relación ética del discurso-hermenéutico mostrando que esta última aborda siempre una triple relación: la intervención del hablante, la relación hablante-oyente y la relación mutua al mundo de vida correspondiente. Y de ahí las tres alternativas que teóricamente se plantean de la perspectiva hermenéutica: objetivismo hermenéutico (solo hay una interpretación válida), subjetivismo hermenéutico (todas las interpretaciones son válidas) y, finalmente, la única que Habermas considera defendible, el reconstructivismo hermenéutico (toda interpretación tiene una pretensión vinculante, es falseable y, por tanto, solo puede tener estatus de hipótesis).

De esto se deduce que el PD no puede ser sino intersubjetivo, reconstructivo y necesariamente interpretativo en orden a lograr verdades dialógicas consensuales, no absolutas sino falibles, susceptibles por tanto de corrección en orden a lograr una cohesión social consistente y estable.

En *El discurso filosófico de la modernidad* (1985)[22] Habermas plantea que la salida efectiva de una modernidad crítica no puede darse sino desde una teoría de la acción comunicativa, que supere el paradigma monológico de la conciencia por un paradigma dialógico de la comunicación. Reconstruyendo las diferentes propuestas filosóficas más proyectivas de la modernidad, desde Hegel hasta Foucault, pasando por Marx, Nietzsche, Horkheimer, Adorno, Heidegger, Derrida, Bataille y Luhmann, entre otros, concluye que solo un paradigma dialógico que asuma el giro lingüístico de Wittgenstein, puede superar los límites de la filosofía de la conciencia cartesiana, deflacionar la extracotidianidad y

[20] Karl-Otto Apel, *Teoría de la verdad y ética del discurso*, Barcelona, Paidós, 1991.
[21] Ernst Tugendath, *Lecciones de ética*, Barcelona, Crítica, 1984.
[22] Jürgen Habermas, *Discurso filosófico de la modernidad*, Madrid, Taurus, 1989.

asumir una dinámica dialógica que necesariamente suponga el reconocimiento del otro como igual.

Habermas pretende, además, superar con su apuesta ética de la moral las objeciones de Hegel a Kant, a saber: formalismo de la moral kantiana, universalismo abstracto de sus juicios morales, impotencia del deber ser y extremismo de la pura intención, acudiendo, no a razones cognitivas, sino a sentimientos morales, la indignación y el resentimiento, como sustento de la pretensión de consenso contextualizado, para transitar de una moral desarraigada a una ética de la comprensión, del deber y del bien común.

Imperativo categórico en clave dialógica y heridas morales

El aporte de la tercera Escuela de Frankfurt al PDM se dará en dos direcciones que quiero rescatar, sincrónica no diacrónicamente. La primera es de Albrecht Wellmer en *Finales de partida* (1993),[23] donde recupera el imperativo categórico kantiano en clave deliberativa. Frente al estado de naturaleza que el derecho privado refleja se impone, para Kant –en su ascendiente republicano, no liberal– el *Contractus Originarius*, el consenso político –que más tarde retomaría Rawls– desde el cual se fundamenta el derecho público que entra a regular los conflictos del primero.

Pero lo que ha olvidado la conciencia jurídica, que siempre predica falazmente la supuesta separación entre derecho y moral, es que para que el contrato originario sea legítimo y válido política y jurídicamente, tiene que sustentarse en un principio de igualdad jurídica que, a su vez, se fundamenta en uno de igualdad moral que lo precede. Contrato deliberativo que, al ser asumido como sujeto libre y autónomo, posibilita a su vez la lectura dialógica del imperativo categórico, con lo cual queda estabilizada la ecuación imperativo categórico deliberativo y principio dialógico moral y jurídico.

La segunda dirección es el abordaje que hace Axel Honneth, desde una relectura hegeliana, del divorcio que se va produciendo en las relaciones sociales a través de situaciones como las que denomina "heridas morales" de negación y desconocimiento cotidiano del otro que, una vez más, ponen el acento en las expresiones de enajenación social contemporáneas, como las sufridas durante el nazismo. La enajenación se apodera de la dinámica mundo-vital de las comunidades entre sí, de no querer ver al otro, de desconocerlo, de estigmatizarlo, hasta llegar después a demostraciones de violencia moral como la segregación, la exclusión, el aislamiento individual y social, y, finalmente, la violencia física, la desaparición, el asesinato y el genocidio. Frente a ello, la solidaridad, el amor y

[23] Albrecht Wellmer, *Finales de partida*, Madrid, Frónesis, 1996.

el derecho, como catalizador de las anteriores, son –desde una lectura hegeliana– los únicos medios para enfrentar este tipo de situaciones.[24]

Dos textos adicionales de Honneth ponen de presente su interés renovado en la problemática de la reificación, como él la denomina. En el primero, analiza las nuevas manifestaciones que esta viene adoptando en lo que llama la sociedad del desprecio, donde los sustratos de reconocimiento se empobrecen aceleradamente y, junto al anonimato de las personas, se evidencian patologías severas de aislamiento e indiferencia entre los sujetos sociales.[25]

En el segundo, la enajenación –retomando a Bourdieu– se manifiesta como un *habitus* donde el individuo adopta una perspectiva petrificada sobre su entorno que denota el extravío de la relación participativa original: la reificación se convierte no solo en la comunicación distorsionada habermasiana, sino en el olvido del reconocimiento como opción vital. El otro no es reconocido, pero tampoco el yo se reconoce como *alter ego*: la percepción del mundo entero queda reificada en la existencia anónima de ese individuo aislado, solitario y desgarrado de la sociedad global.[26]

El PDM queda así epistemológicamente relacionado con el imperativo categórico en clave dialógica, pero también, retomando la crítica hegeliana al formalismo de la moral kantiana y la problemática del joven Marx sobre la enajenación, al diálogo y el reconocimiento presentes en la reflexión honnethiana sobre la reificación.

Epígrafe

La fundamentación del principio dialógico desde el punto de vista externo del sistema jurídico parte de la interpretación dialógica, contraria a la monológica, del imperativo categórico kantiano, complementada por la dialéctica hegeliana y el problema de la enajenación en el joven Marx, que posibilitan comprender las condiciones y distorsiones socioculturales del diálogo. Los juicios de Núremberg y Tokio ponen de manifiesto la crisis del derecho al identificarse sin más con la ley y las alternativas que se proponen, primero con Radbruch al pedir que la legalidad quedara sujeta a la justicia, y después con Hart y su derecho mínimo natural (basado en los juegos del lenguaje de Wittgenstein), las cuales sugieren ya la –*sine qua non*– mediación dialógica de la justicia que Rawls, con su teoría consensual de la justicia, desarrollará y concretará con las figuras de la posición original, la desobediencia civil y el equilibrio reflexivo como mecanismos deliberativos para concertarla dialógicamente.

---

[24] Axel Honneth, *La Lucha por el reconocimiento*, Barcelona, Crítica, 1997, pp. 114-159.

[25] Axel Honneth, *La sociedad del desprecio*, Paris, La Decouverte, 2006.

[26] Axel Honneth, *Reificación*, Buenos Aires, Katz, 2007, pp. 83-127.

De la discusión liberal-comunitarista se desprenderá que esa dinámica dialógica se centra en la razonabilidad de la deliberación más que en la mera procedimentalidad de esta, es decir, en la prioridad de la justicia material sobre la formal, y Habermas, con su ética del discurso, que confronta la cosificación producida por los procedimientos jurídicos en las sociedades moderno-tardías, establece los principios que tiene que cumplir el diálogo para ser íntegro, racional y pleno. Finalmente, con Wellmer y Honneth, el presupuesto insalvable de igualdad moral que sustenta la igualdad jurídica y que es la base sustancial de todo consenso, moral y jurídico, y la infranqueable consideración de las heridas morales que el diálogo debe necesariamente reconocer para incluir la voz de las víctimas, complementan el punto de vista externo del principio dialógico.

PRINCIPIO DISCURSIVO (JURÍDICO-POLÍTICO) DESDE EL PUNTO DE VISTA INTERNO

El argumento de los criminales de guerra en Núremberg y Tokio, de que eran inocentes porque habían seguido la ley, sacude la conciencia jurídica y rompe la ecuación *derecho = legalidad* que había primado durante más de un siglo. Será Gustav Radbruch quien expresamente lo expondría al decir, en *Die Wandlung* (1947):

> La ciencia del derecho tiene que meditar de nuevo sobre la verdad milenaria de que hay un Derecho superior a la ley, un Derecho Natural, un Derecho Divino, un Derecho Racional, medido con el cual la injusticia sigue siendo injusticia, aunque revista la forma de la ley, y ante el cual la sentencia pronunciada de acuerdo con esta ley injusta no es derecho, sino lo contrario del Derecho.[27]

Este hecho no solo origina el giro de Kelsen en la segunda edición de la *Teoría pura del derecho* (1960),[28] sino particularmente el planteamiento de Hart en *Concepto de Derecho*,[29] que concibe varios diques contra esa legalidad extremadamente injusta: en primer lugar, la distinción entre punto de vista interno, que predica la validez del sistema jurídico (el abogado, el funcionario), y el punto de vista externo (el observador, el ciudadano), que predica la legitimidad y eficacia del mismo, quitándole al derecho la potestad de identificar, *per se*, la validez jurídica con legitimidad político-moral y eficacia; la regla de reconocimiento que no solo supone la perspectiva interna de la legalidad, sino también la externa del observador como fundamento último del ordenamiento

[27] Véase Gustav Radbruch, "La idea del Derecho", en *Introducción a la Filosofía del Derecho*, México, FCE, 1993, pp. 31-45; Gustav Radbruch, "El Derecho positivo", en *Introducción a la Filosofía del Derecho*, México, FCE, 1993, pp. 46-52.

[28] Kelsen, *Teoría pura del derecho*, *op. cit*.

[29] Hart, *El concepto de derecho*, *op. cit*.

jurídico-político y el derecho mínimo natural que reedita la posibilidad de desobediencia justificada a la ley.

Si para la sustentación del PDM quise enfatizar el derecho mínimo natural de Hart como puente para sustentar desde el punto de vista externo, para la perspectiva del punto de vista interno quiero hacerlo con la regla de reconocimiento. Esta supone ambos puntos de vista, por supuesto, pero quiero destacarla aquí más desde el interno, en cuanto es una plataforma giratoria que posibilita un puente desde el punto de vista externo político-moral al punto de vista interno de la legalidad como tal y, sin duda, a partir de Hart comienzan con ella a afinarse los mecanismos y resortes de corrección en el derecho, con lo que el principio dialógico político-moral (PDM) transita igualmente a un principio discursivo jurídico-político (PDJ). En conjunto, el derecho mínimo natural es una instancia de corrección externa al derecho que, en un momento dado, tiene que ser considerado por este en la decisión judicial sobre las leyes, y la regla de reconocimiento que oficia como instancia de corrección interna del derecho también supone el reconocimiento político-social de ello. Lo que evidencia la cooriginalidad y doble vía de ambos en su aplicación recíproca.[30]

La concepción política de justicia y el principio discursivo

En Rawls ya vimos la fundamentación del principio dialógico moral, pero ahora veamos cómo este transita a un principio discursivo jurídico. La metamorfosis se empieza a dar, primero, en sus conferencias sobre el "Constructivismo kantiano en teoría moral" (1980), cuando establece la prioridad de lo razonable sobre lo racional. La justicia procedimental empieza a quedar sujeta a la deliberación en los procedimientos institucionales: la prioridad de la deliberación dialógica sobre las conclusiones silogísticas e instrumentales de la justicia institucional o constitucional, por lo menos. Y, segundo, en la figura del *overlapping consensus* en su libro *Liberalismo político* (1993),[31] que culmina una larga serie de revisiones que Rawls introduce a la versión original de su *Teoría de la Justicia*, concibiendo una visión más integral de la justicia que define como justicia política, la cual se sustenta teóricamente en la asunción estructural del republicanismo y la filosofía práctica de Marx y Hegel.[32]

El *overlapping consensus* comprende diferentes momentos. Un primer momento, el *modus vivendi*, que es un estilo de vida dominado por las mayorías y

---

[30] H. L. A. Hart, "Regla de reconocimiento y validez jurídica", en *El concepto de derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1995, pp. 125-137.

[31] John Rawls, *Political Liberalism*, New York, Columbia University Press, 1993.

[32] S. Mesure y Alain Renaut, "La discussion républicaine du libéralisme moderne", en *Historie de la Philosophie Politique*, Paris, Calman-Levy, 2000; Philip Pettit, *Republicanismo*, Barcelona, Paidós, 2000; John Rawls, *Lecciones sobre la historia de la filosofía política*, Barcelona, Paidós, 2009; John Rawls, *Lecciones sobre la historia de la filosofía moral*, Barcelona, Paidós, 2001.

donde las minorías poseen un *statu quo* de sobrevivencia: pero el conflicto está latente. Se impone por ello un segundo momento, el consenso constitucional, que define los procedimientos políticos, constitucionales y legales para moderar el conflicto social, abriendo la institucionalidad a las visiones en conflicto. Esto propicia un tercer momento, de ambientación ciudadana, que Rawls denomina virtudes cívicas por influencia del republicanismo y que, al propiciar un clima de razonabilidad, de espíritu de compromiso, de sentido de equidad política y de reciprocidad, sienta las condiciones mínimas de reconocimiento ciudadano y deliberación pública necesarias para la etapa subsiguiente.[33]

El cuarto momento es el *overlapping consensus* (consenso entrecruzado), el consenso de consensos, que fijará el proyecto societal colectivo que determinará el carácter de la estructura básica de la sociedad. Fruto de la más amplia deliberación ciudadana, incluye para su proyección la consideración de las diferentes visiones omnicomprehensivas, que con ello concretan una concepción política de justicia en procura de una sociedad mejor, más democrática, pluralista e incluyente, y que constituye el tránsito del principio dialógico moral al principio discursivo jurídico.

Ello se refrenda en el último momento de la razón pública[34] que, aunque está encarnada sustancialmente por la ciudadanía en general como criterio de legitimación de la estructura básica de la sociedad, es decir, de sus instituciones económicas, políticas y sociales, también se manifiesta en los términos de razonabilidad que el tribunal supremo y los tribunales en general tienen que adoptar a partir de la concepción política de justicia consensuada por la sociedad en su conjunto. El PDJ queda así articulado internamente a las decisiones constitucionales y judiciales de esa razón pública ciudadana, como actor e interprete constitucional, e igualmente institucional.[35]

Paradigma argumentativo y principio discursivo

Dworkin: derecho como integridad y principio discursivo

Aunque el paradigma interpretativo de Dworkin y Alexy concreta, desde el punto de vista interno, el mecanismo de corrección a la legalidad dentro del derecho de manera más sustancial a partir de los principios de un sistema jurídico, y con Robert Alexy verá la fundamentación más prospectiva del PDJ para el derecho, también podemos observar aportes significativos en la concepción

[33] Rawls, *Political Liberalism*, *op. cit*.

[34] John Rawls, *Justicia como equidad: una reformulación*, Barcelona, Paidós, 2000.

[35] Véase Oscar Mejía, "El paradigma consensual del derecho en la teoría de la justicia de John Rawls (Estudio Preliminar)", en John Rawls, *El derecho de los pueblos*, Bogotá, Universidad de Los Andes, 1996.

dworkiniana del derecho como integridad, pese a la crítica habermasiana de su desviación monológica.

En efecto, Dworkin y Alexy conciben los principios como instancia de corrección político-moral de la legalidad, desde el punto de vista interno. Para Dworkin, en su discusión con Hart, existen pautas con pretensión de corrección que no pueden ser identificadas por la regla de reconocimiento en tanto el derecho, como praxis interpretativa, revela una dimensión más amplia y adicional, los principios, que debe ser tenida en cuenta para la corrección de normas injustas. Estos se evidencian gracias a una interpretación creativo-constructiva que, en últimas, depende del contenido de la moralidad política en un proceso constituyente. Esa interpretación desborda la mera exégesis legal y supone un juez (el juez Hércules) como un intérprete, crítico y creador, que revela los principios gracias a una interpretación estética y ética del derecho.[36]

Semejante afirmación, que causa horror metafísico al tinterillo legocéntrico, la sustenta Dworkin en la creatividad subversiva de Nietzsche, su óptica estético-filosófica y su método genealógico destructivo-reconstructivo, y en la radical interpretación heideggeriana a partir de la cual cuestiona el estatus ontológico de un derecho anclado en el fetichismo legal. Pero sin duda es en la apuesta de H. G. Gadamer en *Verdad y Método* (1960),[37] sobre la universalidad de la hermenéutica, donde el PDJ encuentra unas bases dialógicas firmes en el derecho en la medida en que la interpretación se basa metódicamente tanto en el reconocimiento como en el diálogo con el otro. Diálogo que Gadamer hace extensivo al arte, a la tradición y a la historia.

Alexy: la fundamentación (moral) del principio discursivo (jurídico)

Una lectura sincrónica de Alexy problematiza la categoría de norma fundamental en sus tres versiones anteriores: la normativa de Kant, la analítica de Kelsen y la empírica (regla de reconocimiento) de Hart para proponer una variante discursiva en línea kantiana de racionalidad práctica en clave de corrección.[38] Aquí el concepto de derecho se define básicamente desde la posibilidad de corrección que un sistema jurídico garantice:[39]

> Derecho es un sistema que formula una pretensión de corrección que consiste en la totalidad de normas que pertenecen a una Constitución en general eficaz y no son extremadamente injustas, así como también en la totalidad de las normas promulgadas de acuerdo con esta Constitución y que poseen un mínimo de eficacia social

[36] Ronald Dworkin, "El modelo de las normas (I)", en *Los derechos en serio*, Barcelona, Gedisa, 1992, pp. 61-101.

[37] Hans-Georg Gadamer, *Verdad y método*, Salamanca, Sigueme,1984.

[38] Robert Alexy, "La norma fundamental", en *El concepto y la validez del derecho*, Barcelona, Gedisa, 1994, pp. 95-130.

[39] Robert Alexy, "En torno al concepto y la naturaleza del Derecho", en *El concepto y la naturaleza del derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2008, pp. 73-98.

o de probabilidad de eficacia y no son extremadamente injustas, y al que pertenecen los principios y *otras argumentaciones normativas* en los que se apoya el procedimiento de la aplicación del derecho y/o tiene que apoyarse a fin de satisfacer la pretensión de corrección.

La validez que de aquí se desprende la definirá Alexy como una validez triádica, a saber: jurídica, en cuanto la norma es promulgada por órgano competente; social, en cuanto de ser desobedecida conlleva una sanción; y, la más importante, ética, en cuanto la norma es justificada moralmente y tiene posibilidad de corrección.[40]

Esta corrección se había inspirado ya en los principios de la ética del discurso habermasiana (Principio D*:* "Solo son válidas las normas que tengan el consentimiento de todos los participantes en un discurso práctico", y Principio U: "Solo son válidas las normas cuyo cumplimiento pueda ser libremente aceptado por todos los afectados"), y le van a permitir a Alexy estabilizar el punto de vista moral al interior de los procedimientos jurídicos y proponer su *Teoría de la argumentación jurídica* (1978)[41] que permite transitar del principio dialógico moral al principio discursivo jurídico propiamente dicho, del punto de vista externo de la legitimidad y la eficacia al punto de vista interno de la validez jurídica.

Las reglas de la argumentación jurídica que propondrá Alexy, además de sus condiciones pragmáticas, están sustentadas en la ética del discurso, a saber:

Todo el que pueda hablar puede tomar parte en el discurso.
2.1. Todos pueden cuestionar cualquier afirmación.
2.2. Todos pueden introducir cualquier afirmación en el discurso.
2.3. Todos pueden exteriorizar sus criterios, deseos y necesidades.
3. Ningún hablante puede ser impedido de ejercer la salvaguardia de sus derechos fijados en (1) y (2), cuando dentro o fuera del discurso predomina la fuerza.

Esta pretensión de corrección implica una aspiración básicamente de fundamentabilidad moral, más que jurídica, lo que significa que, al derecho, en términos de corrección, no pertenecen solo reglas de fundamentación jurídica, sino de fundamentación moral, y que la corrección va más allá de la justicia procedimental y la argumentación jurídica, y es esencialmente (político-)moral.

[40] Robert Alexy, "La validez del derecho", en *El concepto y la validez del derecho*, Barcelona, Gedisa, 1994, pp. 87-130.
[41] Robert Alexy, *Teoría de la argumentación jurídica*, CIUDAD, EDITORIAL,1978.

Derecho como integrador social, principio discursivo y corrección

Habermas: teoría del derecho y principio discursivo jurídico

Doble cara de Jano, crítica de la decisión judicial y principio discursivo jurídico

La crítica de Alexy de que no era posible descosificar el mundo de la vida sin acudir al derecho y que la teoría de la acción comunicativa tenía que resolverse en una teoría del derecho, origina el giro jurídico de Habermas.[42] En una autocrítica sutil, pero de hondo calado, a su propia teoría de la acción comunicativa, plantea que el derecho válido, acudiendo a la figura mítica de la doble cara de Jano, funge tanto como categoría de la integración social, a nivel epistemológico, y como medium de la integración social a nivel ontológico-social.

Y en un *tour de force* muy original, eleva su principio D de argumentación moral, a un principio discursivo político-jurídico que, inmediatamente, matiza en un principio democrático que le permite morigerar la absolutización del consenso, a partir de la recuperación kantiana de los tres usos de la razón pública. La apuesta estratégica es que el derecho no es solo legalidad, sino que supone también una dimensión discursiva de reconocimiento social que oficia como corrección de la legalidad, y que el consenso, no la regla de mayoría, es el sustrato legitimador del Estado social y democrático de derecho.[43]

No es el caso ni el espacio para reconstruir toda la teoría del derecho habermasiana. Pero lo cierto es que al convertir el principio D moral en principio discursivo jurídico-político, Habermas, respondiendo a la tradición republicana no liberal, establece el diálogo consensual como fundamento moral, político y jurídico del ordenamiento social y estatal. Esto tiene implicaciones en diversos frentes: el primero, el de la teoría del derecho, que le permite hacer una crítica de los paradigmas clásicos (iusnaturalista, realista y positivista) mostrando la indeterminación que suponen y la irracionalidad en que caen en la administración de justicia. El segundo, posibilita reivindicar la teoría del derecho como integridad de Dworkin que, pese al sesgo monológico del juez Hércules, garantiza en sus tres etapas: preinterpretativa, interpretativa y posinterpretativa, decisiones justas para todos, de corte deontológico, al garantizar la explicitación plena del procedimiento de decisión judicial sin vacíos.

Sesgo monológico que corrige Alexy con sus reglas de la argumentación jurídica, pero cuya teoría de la ponderación lo lleva a propiciar decisiones buenas

[42] Jürgen Habermas, *Facticidad y validez*, Madrid, Trotta, 1988.

[43] Jürgen Habermas, "El derecho como categoría de la mediación social entre facticidad y validez", en *Facticidad y validez*, Madrid, Trotta, 1988, pp. 63-104.

para algunos, de corte axiológico, que Habermas rechaza por la identificación ética y la inseguridad jurídica que generan.

Principio discursivo y justicia constitucional

Esto lo conduce a rechazar la metodología de trabajo del Tribunal Constitucional alemán por su reivindicación de la ponderación y el caso concreto, y a buscar en la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos paradigmas de adjudicación constitucional alternativos. Allí, en la línea de los Critical Legal Studies (CLS), reconoce que en los casos difíciles la Corte ha tomado durante dos siglos decisiones político-ideológicas acudiendo ya sea a un paradigma de democracia formal que prioriza al ciudadano privado y la no intervención del Estado en la economía de mercado y un paradigma republicano que prioriza la deliberación ciudadana. Aunque simpatiza con el segundo, aclara que este etitiza la vida pública y propone como tercer modelo alternativo de adjudicación constitucional el que sustenta desde lo que denomina democracia discursiva radical.

Para ilustrarlo, Habermas acude a un modelo sociológico de política deliberativa de doble vía que le permita redondear su apuesta de un modelo de sistema político-discursivo empíricamente sustentado. La sociedad se concibe sobre un piloto de esferas concéntricas, comunicadas a través de un sistema de esclusas, que permiten que la presión que se da en las esferas más alejadas del centro se pueda transmitir a este. De igual manera, las reacciones y respuestas que el centro produce se comunican a la periferia por esos canales institucionales. El PDM se convierte en PDJ y viceversa a través de esas esclusas.[44]

El sistema político y democrático se concibe como un espacio político público, entendido como una estructura de comunicación que, a través de las instancias de la sociedad civil, tanto kantiana (periferia interna sistémica) como hegeliana (periferia externa no formal, enraizada en el mundo de la vida) procesan discursivamente las necesidades y satisfacciones que la sociedad reclama para su dinámica. En la sociedad civil hegeliana recaen los resortes necesarios para una cohesión social sólida y prospectiva.[45]

---

[44] J. Habermas, "Sobre el papel de la sociedad civil y de la opinión pública", en *Facticidad y validez*, Madrid, Trotta, 1988, pp. 407-468.

[45] Me permito sintetizar, parafraseándolo, el oportuno comentario de la par ciega en este punto: "Nancy Fraser, una de las filósofas más prominentes hoy en día, en *Iustitia Interrupta*, controvierte a Habermas y su teoría de la 'degradación' de la esfera pública por una razón instrumental predominante, introduciendo el problema del desequilibrio de poder en el diálogo y señalando cómo la esfera pública, como escenario por excelencia para la discusión sobre lo público, está atravesada inexorablemente por una ecuación desequilibrada entre voces y públicos fuertes y voces y públicos excluidos y subalternizados. De ahí, entonces, que lo justo no solo se determina a través del diálogo sino también a través del cuestionamiento a las condiciones socioculturales que hacen posible (o no) una conversación entre *pares*. Fraser señala cómo la paridad nunca se ha dado, ni siquiera en los orígenes de la esfera pública, porque el orden democrático naciente

Klaus Günther: principio discursivo, coherencia y corrección

Günther, asistente de investigación de Habermas, penalista, permite complementar el abordaje del PDJ en unos términos muy sugestivos. Contra el concepto de coherencia de la teoría analítica de la argumentación, reconstruye el principio de coherencia desde la perspectiva del participante, es decir, desde el punto de vista interno, que es el objetivo último de la argumentación jurídica, concibiéndola como un caso especial del discurso moral de aplicación. Su reflexión apunta a poner en evidencia la necesidad de revisión de la teoría de la argumentación jurídica de Alexy, en cuanto la coherencia no supone solo una dimensión meramente lógico-argumentativa de corrección cosmética interna, sino también una dimensión de corrección moral(-política).[46]

En ese orden, el principio de coherencia que concreta la aplicación de la corrección involucra necesariamente una dimensión de corrección moral que, por extensión, podemos definir también como política. De tal suerte que puede afirmarse que toda pretensión de corrección, que fundamenta el principio de coherencia (independientemente de la lectura analítico-argumentativa) va más allá que la justicia procedimental, meramente legal y jurídica, y se presenta en clave político-moral, involucrando como consecuencia, para una coherencia y corrección integrales, los constructos de la ética del discurso de Habermas, el derecho como integridad de Dworkin y el *Reflective Equilibrium* de Rawls.

El aporte del (pos)iusnaturalismo (crítico)

Finnis: principio dialógico y razonabilidad práctica

John Finnis, desde el iusnaturalismo tomista moderado (el radical está representado por Alasdair MacIntyre), en su libro *Natural Law and Natural Rights* (1980)[47] plantea cómo el ámbito del derecho natural es la regulación de los bienes básicos de la sociedad, concepto sin duda retomado de los bienes sociales primarios de Rawls, a saber: vida, amistad, religión, juego, experiencia estética, conocimiento y razonabilidad práctica, y que los principios del derecho natural –en últimas su contenido como tal– remiten a las nueve exigencias de razonabilidad práctica con las que esos bienes naturales tienen que ser regulados.

Esa razonabilidad práctica fija la jurisdicción del derecho natural, a la que es ajeno absolutamente el derecho positivo, y que es la expresión de los términos de intersubjetividad dialógica conque las sociedades se regulan espontáneamente,

está enmarcado en relaciones de discriminación que instituyen diferencias como justificación de desigualdades (diferencias entrecruzadas de género, color de piel, generación, clase, etc.)".

[46] Klaus Günther, "Un concepto normativo de coherencia para una teoría de la argumentación jurídica", *Revista Doxa*, n.º 17-18, 1995, pp. 271-302.

[47] John Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, New York, Oxford University Press, 1980.

sin necesidad del ámbito jurídico.[48] Pero lo traigo a colación precisamente porque es el terreno donde al final y sobre el cual vuela y observa el derecho positivo sin posarse, pero cuyos dominios, como la lechuza de Minerva hegeliana, tiene que conocer para poder reconocer sus límites y posibilidades legales, que Finnis incorpora a su concepto de derecho en términos de bien común.

Kaufmann: derecho posmoderno y razón dialógica

Arthur Kaufmann,[49] por último, critica el ultrarracionalismo en que cayó la modernidad, pero advierte sobre el irracionalismo al que puede deslizarse la posmodernidad. Rescata así una concepción crítica de racionalidad como punto de partida, la razón como principio regulativo, pero, en la línea de Rawls y Habermas –confrontando a Luhmann–, en su aplicación dialogal no sustantiva.

En esa dirección, reivindica una razón dialógica para el derecho cuyos principios básicos son los de argumentación, consenso y falibilidad, este último para reconocer, estructural y epistémicamente, la posibilidad de corrección interna del derecho. Pero insiste, desde el imperativo categórico kantiano, en la necesidad de definir un presupuesto básico de esa razón dialogal: la persona como relación ontológica básica del derecho.[50]

Epígrafe

Sinteticemos ahora lo esencial de esta fundamentación del principio discursivo desde el punto de vista interno del derecho. El principio consensual en Rawls se proyecta, a través del *overlapping consensus*, en una concepción política de justicia que configura, social y constitucionalmente, el fundamento de la razón pública de la sociedad como cuerpo, y el tribunal constitucional de cierre como cabeza de esta. El derecho como razón pública de Dworkin, mediado argumentativamente, estabiliza el principio discursivo desde el punto de vista interno del derecho, mientras que las reglas de la argumentación jurídica de Alexy, que a su vez introducen los principios de la ética del discurso habermasiano en los procedimientos jurídicos, permiten estructurar un concepto de derecho y validez jurídica que lo consagra como sustrato político-moral determinador de corrección de la legalidad.

Por su parte Habermas, al concebir el derecho como integrador social además de sistémico, reconoce que el principio discursivo, además de moral, es la condición incondicional de la cooriginalidad del derecho y la política y, en ese orden, del Estado democrático y social de derecho y, como tal, la clave de

[48] Joaquín Rodríguez-Toubes, "El iusnaturalismo de John Finnis", en *Anuario de Filosofía del Derecho X*, España, Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política, 1993.

[49] Arthur Kaufmann, *La filosofía del derecho en la posmodernidad*, Bogotá, Temis, 1992.

[50] Arthur Kaufmann, "Principios para una teoría procedimental fundada materialmente en la verdad y en la justicia", en *La filosofía del derecho en la posmodernidad*, Bogotá, Temis, 1992, pp. 49-84.

bóveda de la justicia en general, estableciendo el carácter discursivo de las decisiones judiciales en tanto "justas para todos" y no "buenas para algunos", lo que supone que la justicia constitucional, en la dinámica argumentativa de los procesos de opinión y voluntad públicas, se regule en diálogo entre el tribunal constitucional y los sectores periféricos y subalternos de la sociedad.

Por último, al interior del sistema jurídico –pero desde el iusnaturalismo confesional y crítico– Finnis y Kaufmann reivindican, el primero, el marco de razonabilidad práctica en que se mueven las normas sociales sin necesidad del derecho positivo y, por tanto, en la necesaria dinámica discursiva de las eticidades sociales sin una invasora y distorsionante regulación legal y, el segundo, en el contexto de la fría sociedad posmoderna, una razón dialógica que actualiza el imperativo categórico kantiano, en términos de Rawls y Habermas, para oponerse al irracionalismo de la exacerbación procedimental y restaurar la persona como base de la relación ontológica del derecho.

Conclusión

Quisiera terminar señalando los puntos de fuga de este principio dialógico-discursivo, más allá de los puntos de vista interno y externo de un ordenamiento jurídico-político. Retomando como presupuestos a Marcuse, "Sólo gracias a aquellos sin esperanza nos es dada la esperanza"[51] y a Adorno, "Hitler ha impuesto un nuevo imperativo categórico: el de que Auschwitz no se repita, que no vuelva a ocurrir nada semejante",[52] quiero recoger el planteamiento de Agamben,[53] retomando a Primo Levy y las memorias del Holocausto, así como a Reyes Mate,[54] para reivindicar la voz de las víctimas, nunca de los victimarios, y la justicia anamnética como su destino. La voz legítima, aunque ya no tengan voz, es la que le podemos dar a las víctimas que ya no están porque fueron asesinadas. Es la voz de la historia y de la justicia histórica, y es en el diálogo con ellas, en la recuperación y reconstrucción de su testimonio que podemos reivindicarlas plenamente. El diálogo es con ellas para que haya justicia plena.

Tres condiciones epistémicas adicionales tienen que considerar la fundamentación epistemológica proyectiva del principio dialógico-discursivo para una justicia plena, integral y prospectiva. La primera, el papel de las emociones como Martha Nussbaum lo ha planteado, en cuanto es un factor estructural del diálogo.[55] Los argumentos no son solo racionales, las emociones también son manifestaciones argumentativas. La segunda, la exigencia decolonial, el diálogo de saberes efectivo y real, como lo ha sugerido entre

[51] Herbert Marcuse, *El hombre unidimensional*, Barcelona, Ariel, 1964.
[52] Theodoro W. Adorno, *Dialéctica negativa*, Madrid, Taurus, 1966.
[53] Giorgio Agamben, *Lo que queda de Auschwitz*, Valencia, Pretextos, 2009.
[54] Manuel Reyes Mate, *Tratado de la injusticia*, Barcelona, Anthropos, 2011.
[55] Martha Nussbaum, *El ocultamiento de lo humano*, Buenos Aires, Katz, 2004.

muchos otros Boaventura de Soussa Santos,[56] que lleva a que no se imponga la racionalidad occidental y del Norte global –estratégica, instrumental, "racional, lógica y silogística"– sobre el pensar y el sentir diverso y diferente de los sujetos y las comunidades involucrados en los procesos de justicia alternativa, que permita realizar un diálogo y hermenéutica diatópica de epistemes ancestrales y pluriversales.[57]

La tercera, permítanme por último trifurcarla en tres destellos relampagueantes que iluminen el horizonte oscuro de una justicia anquilosada, ilegítima e ineficaz: el destello posontológico que admita descubrir el más allá de la concepción de ser occidental y recuperar una ontología sintiente y relacional; el destello pospolítico que acceda a superar la política instrumental y la distinción amigo-enemigo que caracteriza nuestra(s) sociedad(es); y finalmente, el destello posjurídico que desborde la cosificación legal en pos del reconocimiento y la potenciación mundovital de la libertad y justicia políticas no reguladas jurídicamente.

Bibliografía

Adorno, Theodoro W. *Dialéctica negativa*, Madrid, Taurus, 1966.

Agamben, Giorgio, *Lo que queda de Auschwitz*, Valencia, Pretextos, 2009.

Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales,1 978.

Alexy, Robert, *Concepto y validez del derecho*, Barcelona, Gedisa, 1994.

Apel, Karl-Otto, *Teoría de la verdad y ética del discurso*, Barcelona, Paidós, 1991.

Camps, Victoria, "El segundo Rawls, más cerca de Hegel", *Revista de filosofía*, n.º 15, 1997.

De Soussa Santos, Boaventura, *El fin del imperio cognitivo*, Madrid, Trotta, 2019.

De Soussa Santos, Boaventura, *Epistemología del Sur*, Ciudad de México, Siglo XXI, 2010.

Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, Barcelona, Gedisa, 1992.

Finnis, John, *Natural Law and Natural Rights*, New York, Oxford University Press, 1980.

Fraser, Nancy, *Iustitia interrupta*, Bogotá, Siglo del Hombre, 1997.

Gadamer, Hans-Georg, *Verdad y método*, Salamanca, Sígueme,1984.

[56] Boaventura de Soussa Santos, *Epistemología del Sur*, Ciudad de México, Siglo XXI, 2010.

[57] Boaventura de Sousa Santos, *El fin del Imperio Cognitivo*, Madrid, Trotta, 2019, pp. 161. Me permito incluir, discrepando acerca de la descalificación de aportes teóricos y conductas punibles personales, el comentario de la par ciega a este punto, textualmente: "Confieso que la referencia a B. de Sousa Santos me irrita un poco dado los escándalos en los que se vio envuelto. Su fisura entre lo que predica como justo y su comportamiento injusto y violento frente a las mujeres me llevan a cuestionarlo como referente de la justicia hoy en día. Si lo justo es un esfuerzo por que normas y costumbres encuentren su fundamentación en un diálogo que permita resonancias entre unas y otras, B. de Sousa Santos no es el mejor ejemplo".

Günther, Klaus, "Un concepto normativo de coherencia para una teoría de la argumentación jurídica", *Revista Doxa*, 1995.
Habermas, Jürgen, *Facticidad y validez*, Madrid, Trotta, 1988.
Habermas, Jürgen, *Teoría de la acción comunicativa*, Buenos Aires, Taurus, 1990.
Habermas, Jürgen, *Conciencia moral y acción comunicativa*, Barcelona, Península, 1985.
Habermas, Jürgen, *Discurso filosófico de la modernidad*, Madrid, Taurus, 1989.
Hart, H. L. A., *Concepto de derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1995.
Hegel, Friedrich, *Fenomenología del espíritu*, México, FCE, 1966.
Honneth, Axel, *Lucha por el reconocimiento*, Barcelona, Crítica, 1997.
Honneth, Axel, *La sociedad del desprecio*, París, La Decouverte, 2006.
Honneth, Axel, *Reificación*, Buenos Aires, Katz, 2007.
Honneth, Axel, *El Derecho de la libertad*, Buenos Aires, Katz, 2011.
Hoyos Guillermo, "La filosofía política de Habermas", en *Ideas y valores*, 2001.
Kant, Emmanuel, *La paz perpetua*, Madrid, Aguilar, 1967.
Kant, Emmanuel, *Filosofía de la historia*, Buenos Aires, Editorial Nova, 1964.
Kant, Emmanuel, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, México, Porrúa, 1986.
Kaufmann, Arthur, *La filosofía del derecho en la posmodernidad*, Bogotá, Temis, 1992.
Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, México, Porrúa, 1960.
Kennedy, Duncan, *Izquierda y derecho*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2010.
Kern, Lucian y Hans Peter Muller *et al.*, *La justicia: ¿discurso o mercado?*, Barcelona, Gedisa, 1992.
Kohlberg, Lawrence, *Psicología del desarrollo moral*, Bilbao, Desclée de Brouwer. 1992.
Luhmann, Niklas, *El derecho de la sociedad*, México, Iberoamericana, 2002.
Marcuse, Herbert, *El hombre unidimensional*, Barcelona, Ariel, 1964.
Marx, Karl, *Manuscritos económico-filosóficos del 44*, México, Grijalbo, 1968.
Muhall, Stephen y Adam Swift, *Liberals & Communitarians*, Oxford, Blackwell, 1992.
Nussbaum, Martha, *Ocultamiento de lo humano*, Buenos Aires, Katz, 2004.
Radbruch, Gustav, *Introducción a la filosofía del derecho*, México, FCE, 1993.
Rawls, John, *Teoría de la justicia*, México, FCE, 1978.
Rawls, John, *Political liberalism*, New York, Columbia University Press, 1993.
Rawls, John, *Lecciones sobre la historia de la filosofía política*, Barcelona, Paidós, 2009.
Rawls, John, *Lecciones sobre la historia de la filosofía moral*, Barcelona, Paidós, 2001.
Rawls, John, *Justicia como equidad: una reformulación*, Barcelona, Paidós, 2000.

Rawls, John, *El Derecho de los pueblos*, Bogotá, Universidad de Los Andes, 1996.
Reyes Mate, Manuel, *Tratado de la injusticia*, Barcelona, Anthropos, 2011.
Renaut, Alain, *Historie de la philosophie politique*, Paris, Calman-Levy, 2000.
Rodríguez-Toubes, Joaquín, "El iusnaturalismo de John Finnis", *Anuario de filosofía del derecho X*, España, Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política, 1993.
Tugendath, Ernst, *Lecciones de ética*, Barcelona, Crítica, 1984.
Wellmer, Albrecht, *Finales de partida*, Madrid, Frónesis, 1996.

20

Jurisdicción Especial para la Paz, Colombia: fundamento normativo y jurídico, internacional y nacional, de las rutas no sancionatorias y de las decisiones judiciales que resuelven de manera definitiva la situación jurídica de los comparecientes ante la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas*

‹**CARLOS CASTRESANA FERNÁNDEZ**› Fiscal del Tribunal de Cuentas de España y Comisionado de Derechos Humanos de la ONU para Sudán del Sur

Resumen: Este estudio muestra el respaldo normativo, en los ámbitos internacional y nacional, de los mecanismos judiciales no sancionatorios para la resolución de la situación jurídica de las personas comprometidas en crímenes especialmente graves. Su principal objetivo es esclarecer cómo la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP) podría eventualmente decidir el no ejercicio de la acción penal, o la aplicación del beneficio transicional de renuncia a la persecución penal, respecto de comparecientes que sean considerados partícipes no determinantes. El reto de esas decisiones es exigir las condicionalidades debidas para que no se infrinja el deber estatal de investigar y perseguir crímenes internacionales, y no se vulneren los derechos de las víctimas a la justicia, pero también garantizar el debido proceso de los comparecientes ante la JEP.

Palabras clave: renuncia a la persecución penal; régimen de condicionalidad; partícipe no determinante; máximo responsable.

Abstract: This study shows the regulatory support, at the international and national level, of non-sanctioning judicial mechanisms for resolving the legal situation of people involved in especially serious crimes. With this, its main objective is to clarify how the SJP could eventually decide not to exercise criminal action or the application of the transitional benefit of waiver of criminal prosecution for appearing parties who are considered non-determinant participants. The challenge posed by these decisions is demanding the conditionalities due, so that the state duty to investigate and prosecute international crimes is not violated, and the rights of the victims to justice are not violated, but due process of those appearing before the SJP is also guaranteed.

Keywords: Waiver of criminal prosecution; conditionality regime; non-determinant participant; maximum responsible.

---

* Informe elaborado en el marco de colaboración de la Jurisdicción Especial para la Paz de Colombia con el Instituto Colombo-Alemán para la Paz (Capaz), Justus-Liebig-Universität Gießen en Colombia.

El autor agradece al Institute for Integrated Transitions (IFIT) y a su director Mark Freeman, las aportaciones de opiniones, ideas y propuestas de algunos de sus más renombrados especialistas en justicia transicional, entre ellos, Mariana Casij, Ron Slye, Paula Vargas, Philip Clark, Hanny Megali, Juana Acosta, Refik Hodzic, Juanita Goebertus, Asli Ozcelik, Leigh Payne y Louise Mallinder. Agradece igualmente a los magistrados de la JEP, Heidi Patricia Baldosea Perea y Pedro Elías Díaz Romero, por sus orientaciones y consejos.

VOLVER A TABLA DE CONTENIDO

Introducción

Los Estados tienen obligaciones dimanantes del derecho penal internacional (DPI), en particular el deber de investigar, juzgar y sancionar a los responsables de los crímenes de lesa humanidad, el genocidio, la agresión y los crímenes de guerra, y el de reparar a las víctimas, en todas las situaciones, incluso en el contexto de un proceso de transición subsecuente a un conflicto armado. La doctrina suele señalar a los Principios de Núremberg, aprobados por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas en 1950, como el primer referente vinculante y universal de la obligación de persecución que incumbe a los Estados. El primero de los Principios establece: "Toda persona que cometa un acto que constituya delito de derecho internacional es responsable de *él* y está sujeta a sanción". Más modernamente, el deber de perseguir y castigar los crímenes internacionales se desprende, para todos los Estados parte del Estatuto de Roma de 1998, del Preámbulo de este, que señala la necesidad de "poner fin a la impunidad, y proclama que los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto no deben quedar sin castigo, al tiempo que recuerda que es deber de todo Estado ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales".

Igualmente, los Principios contra la impunidad de las Naciones Unidas disponen: "Los Estados emprenderán investigaciones rápidas, minuciosas, independientes e imparciales de las violaciones de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario (DIH)y adoptarán las medidas apropiadas respecto de sus autores, especialmente en la esfera de la justicia penal, para que sean procesados, juzgados y condenados debidamente".[1]

La obligación de los Estados de perseguir los crímenes internacionales se ha visto matizada en las últimas décadas, particularmente después del final de la Guerra Fría, por el desarrollo de los instrumentos y las medidas aplicadas por los Estados que aspiran a dar por terminado un conflicto armado interno o dar paso a un régimen democrático después de una dictadura, y que se encuentran ante el dilema paz versus justicia, y deben buscar una fórmula de compromiso que haga compatibles, de una parte, el valor supremo de justicia y los derechos fundamentales de las víctimas, y, de otra, el deseo y el derecho del conjunto de la sociedad a vivir en paz y dejar atrás el conflicto. La justicia transicional aborda esa controversia desde el derecho y la política, procura encontrar una respuesta equilibrada al dilema, ofreciendo soluciones pragmáticas a la colisión inevitable de derechos e intereses que acompaña a las transiciones, y procura

[1] Comisión de Derechos Humanos de la ONU, Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad, UN Doc. E/CN.4/2005/102/Add.l, 8 de febrero de 2005 (Principios elaborados por Louis Joinet, y actualizados por Diane Orentlicher), principio 19.

satisfacer en lo posible todos los intereses controvertidos con el objetivo final de restaurar la convivencia y el Estado de derecho.

La doctrina suele distinguir hasta cinco fórmulas u opciones[2] que permiten abordar y elaborar un pasado traumático de violaciones graves y sistemáticas de los derechos humanos:

a. En primer lugar, se identifica como la *respuesta normal* a los crímenes sistemáticos la opción de la persecución penal, señalándose como ejemplos los de la ex-Yugoslavia o Ruanda. La persecución penal a ultranza de todos los crímenes y todos los responsables enfrenta a menudo, sin embargo, dificultades prácticas y políticas insalvables, y dificulta notoriamente la transición democrática. Los dos ejemplos que se citan como referentes, de hecho, no hubieran sido posibles sin la participación decidida de la comunidad internacional, que constituyó, por decisión del Consejo de Seguridad de la ONU, los dos tribunales internacionales *ad hoc* que han recibido el mayor respaldo político y financiero después de la Segunda Guerra Mundial.
b. La segunda opción, de la que existen numerosos ejemplos (la transición en España, y en la mayor parte de los países de América Latina), es el modelo diametralmente contrario, la no persecución penal, absoluta y sin matices. A veces la decisión de prescindir de las acciones penales se articula con una decisión expresa, que se materializa a través de una amnistía general; y otras veces se llega a la misma solución mediante una situación de impunidad implícita o *de facto*.[3] Se cita como justificación de la renuncia a la sanción penal el estado de necesidad en que se encuentra una sociedad en todos los casos en que dicha renuncia se erige en condición *sine qua non* para poder terminar una guerra civil o una dictadura. Las amnistías –se señala– pueden ser necesarias para alcanzar la paz interna y hacer posible la reconciliación nacional.[4]

---

[2] Gerhard Werle y Florian Jessberger, *Tratado de derecho penal internacional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017.

[3] Esta opción ha sido reiteradamente condenada por la doctrina y la jurisprudencia internacional como violatoria de los derechos de las víctimas, en particular, el derecho a la protección judicial. Se considera, además, socialmente divisiva, puesto que perpetúa los agravios entre los diferentes grupos e individuos afectados por la violencia, fomenta el negacionismo y las narrativas excluyentes, y no contribuye a la reconciliación.

[4] Louise Mallinder, "Can amnesties and international justice be reconciled?", *International Journal of Transitional Justice*, v. 1, 2007. Sin embargo, esta opción ha resultado igualmente discutida por una parte de la doctrina y jurisprudencia, entre otras, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), que ha ordenado a los Estados reabrir las investigaciones y los procesos en casos tales como: Barrios Altos vs. Perú, Sentencia de 14 de marzo de 2001, Serie C, n.° 75; Almonacid Arellano vs. Chile, Sentencia de 26 septiembre de 2006, Serie C, n.° 154; Gelman vs. Uruguay, Sentencia de 24 de febrero de 2011, Serie C, n.° 221, entre otros.

c. Las comisiones de la verdad, que han recibido también denominaciones alusivas a la reconciliación y al esclarecimiento histórico, son una tercera opción que se focaliza en las víctimas, les da voz y procura establecer una narrativa compartida y no divisiva como mecanismo de superación del conflicto. Desde la década de los ochenta se conocen decenas de modelos, con diverso alcance, duración y resultados. Es el caso de las comisiones de Argentina, Chile, Guatemala, Sierra Leona, Liberia, etc. La opción de las comisiones de la verdad evolucionó a partir de las lecciones aprendidas de las comisiones constituidas en la mencionada década, y desarrolló en Sudáfrica en la década siguiente un modelo ecléctico e innovador, que consistió en una combinación de los pilares de verdad y justicia: una comisión de la verdad que incluía un comité de amnistía, ante el que comparecían los victimarios, y que les proponía, para ser favorecidos con la amnistía, con exclusión de las sanciones penales, su contribución al esclarecimiento de la verdad mediante la confesión completa de su participación en los crímenes. Se trata de una renuncia condicionada a la punición, que se justifica en el reconocimiento de responsabilidad por parte de los responsables de los crímenes y la facilitación de la investigación de los hechos.
d. Las reparaciones individuales y colectivas de las víctimas son una cuarta opción, que tiende a procurar la rehabilitación moral, jurídica y material de aquellas.
e. La quinta opción consiste en la adopción de sanciones en ámbitos extrapenales, particularmente mediante el apartamiento del servicio, la inhabilitación o suspensión absoluta o especial,[5] temporal o definitiva, o la privación del derecho de sufragio activo y pasivo, de los servidores públicos que cometieron violaciones graves de los derechos humanos, mediante procedimientos administrativos o disciplinarios de depuración institucional o *vetting*.

Salvo las dos primeras, que resultan antagónicas e incompatibles entre sí, las demás medidas pueden adoptarse conjuntamente y, en muchas transiciones, los Estados han optado por su combinación, habilitando un conjunto de mecanismos que, con mayor o menor extensión, intentan dar una respuesta holística a la violencia del pasado, procurando su superación.

Los diferentes componentes de un sistema complejo o integral de verdad, justicia, reparación y no repetición deben operar como vasos comunicantes: el nivel que se alcanza en cada uno de esos valores contribuye a conseguir un

[5] La inhabilitación absoluta aparta al sancionado del ejercicio de cualesquiera funciones públicas; la inhabilitación especial le aparta del ejercicio de aquellas funciones en cuyo contexto delinquió.

nivel promedio mediante el que puede medirse el resultado global obtenido de restauración de la dignidad de las víctimas y de responsabilización de los victimarios, así como de coexistencia pacífica en la sociedad.

Colombia ha padecido durante más de cincuenta años un conflicto armado interno, que ha dejado centenares de miles –si no millones– de víctimas, y decenas de miles de potenciales responsables de crímenes internacionales y, a través del Acuerdo de Paz firmado en 2016, ha arbitrado para darle respuesta un Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y no Repetición (SIVJRNR),[6] mediante el cual, además de los procedimientos de búsqueda de desaparecidos y reparación de las víctimas, se ha constituido una Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad (CEV) y la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP).

El Acuerdo establece, en atención al deber del Estado de investigar y enjuiciar los crímenes:

> No serán objeto de amnistía ni indulto ni de beneficios equivalentes los delitos de lesa humanidad, el genocidio, los graves crímenes de guerra –esto es, toda infracción del Derecho Internacional Humanitario cometida de forma sistemática–, 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.

Coincidentemente, el artículo 23 de la Ley 1820 de 30 de diciembre de 2016 y el artículo transitorio 16 del Acto Legislativo 01 de 2017, señalan que se consideran *graves crímenes* de guerra "toda infracción del derecho internacional humanitario cometida de forma sistemática".[7]

Según disponen el Acuerdo de Paz y las normas de su desarrollo, los responsables de crímenes sometidos a la competencia de la JEP, una vez juzgados, y si son encontrados culpables, recibirán una sanción de restricción de la libertad en condiciones especiales o de privación de libertad, según si han ofrecido o no verdad y reconocimiento de su responsabilidad, y en el primero de los casos, si lo han hecho antes o después de iniciarse el procedimiento judicial en su contra.

---

[6] Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera de 24 de noviembre de 2016, suscrito entre el Gobierno nacional y las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia-Ejército del Pueblo (FARC-EP).

[7] La interpretación del concepto de crímenes *graves* como equiparable al de crímenes *sistemáticos* es discutible. Diferentes autores discrepan, y señalan que algunas conductas con un acentuado desvalor pueden y deben ser calificadas como graves, aunque no hayan tenido carácter sistemático, y que, al mismo tiempo, muchas infracciones menores del derecho internacional humanitario (DIH) no adquieren necesariamente el carácter de graves por el mero hecho de que se hayan llevado a cabo de manera sistemática.

El SIVJRNR es un modelo mixto de persecución penal y de medidas extrapenales, con una persecución penal selectiva mediante procedimientos de priorización y selección, a la que se añade la averiguación de la verdad, que complementa, pero no sustituye, a la justicia, y el establecimiento de reparaciones para las víctimas, así como de garantías de no repetición. Consciente de la enormidad de la tarea por delante, la JEP ha procedido a priorizar y seleccionar, dentro del universo de conductas criminales del conflicto, los crímenes más relevantes y los máximos responsables de aquellos, sometiéndolos a la justicia penal administrada por el tribunal en los términos sancionatorios expresados, y está en proceso de determinar la identidad de los partícipes en el conflicto que no tienen responsabilidades graves y cualifican por ello para beneficiarse de la amnistía acordada.[8] Permanece entre un grupo y otro de personas sometidas a la jurisdicción de la JEP, un universo numeroso de partícipes que indiciariamente incurrieron con sus acciones u omisiones en responsabilidades que exceden los límites acordados para beneficiarse de la amnistía, pero que no alcanzan la categoría de máximos responsables, y son denominados partícipes no determinantes. Para ellos, el sistema ha acordado la adopción de la decisión motivada de renuncia al ejercicio de la acción penal, sometida a ciertas condiciones.[9]

El presente informe procura esclarecer las condiciones en las que, sin violar el deber estatal de investigar y perseguir los crímenes internacionales, que deriva de las normas internacionales vigentes, sin vulnerar el derecho de las víctimas a la justicia y garantizando al mismo tiempo el derecho al debido proceso a los sometidos a la Jurisdicción, puede acordarse el no ejercicio de la acción penal para los partícipes no determinantes en los crímenes, sometiéndolos seguidamente a un régimen de condicionalidad. Se trata, en definitiva, de encontrar la respuesta a la cuestión de cómo garantizar en un proceso de transición los derechos a la verdad, justicia, reparación y no repetición y, al mismo tiempo, consolidar la paz, restablecer la convivencia de la sociedad colombiana y procurar la reconciliación nacional.

El carácter subsidiario y de *ultima ratio* del derecho penal internacional

El DPI está constituido por un conjunto de normas de derecho internacional que fundamentan la rendición de cuentas por la responsabilidad penal en la que se incurre debido a la participación en la comisión de crímenes internacionales (genocidio, agresión, crímenes de guerra y de lesa humanidad). El DPI se ha

[8] Acto Legislativo 01 de 2017, artículo 1 transitorio, párrafo 1, y artículo 3.

[9] JEP, Sentencia TP-SA-RPP 230 de 10 de febrero de 2021, asunto de Jhon Jairo Moreno Jaimes; Auto TP-SA 1350 de 1 de febrero de 2023, asunto Carlos Felizola Gutiérrez y otros; Auto TP-SA 1366 de 22 de febrero de 2023, asunto de Jhon Jairo Pabón Vega; Sentencia Interpretativa TP-SA-Senit 5 de 17 de mayo de 2023.

desarrollado fundamentalmente en tres momentos históricos diferenciados, ordenados cronológicamente: el primero, los juicios celebrados al final de la Segunda Guerra Mundial, a partir de 1945, expresados en los estatutos y las sentencias de los tribunales internacionales de Núremberg y Tokio; el segundo, una vez terminada la Guerra Fría en 1989, plasmado en los estatutos y la jurisprudencia de los tribunales penales *ad hoc* para la ex- Yugoslavia y Ruanda, constituidos por decisión del Consejo de Seguridad de la ONU a partir de 1993; y el tercero, constituido por la adopción del Estatuto de Roma, aprobado en 1998, y la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional (CPI), que comenzó a ejercer sus funciones a partir de 2002. Los principios que rigen el DPI, síntesis de los precedentes reseñados, pueden caracterizarse de la forma siguiente:[10]

Principio de legalidad penal internacional: a diferencia del derecho interno de los Estados, que suele consagrar un principio de legalidad rígido,[11] en el ámbito internacional la norma penal sustantiva no tiene que ser necesariamente escrita ni anterior a la conducta.[12] Se reconocen como fuentes de las normas, además de los tratados internacionales, la costumbre internacional y los principios generales del derecho.[13]

1. Culpabilidad individual: la responsabilidad penal internacional corresponde a los individuos por su conducta personal, y esa responsabilidad es independiente de la responsabilidad internacional de los Estados por violación de las normas del derecho internacional.
2. Responsabilidad de los superiores: por acción o por omisión respecto de la conducta de sus subordinados que ordenaron, o que conocieron y consintieron, o que deberían haber conocido y podían haber evitado.
3. Inmunidad: no se reconoce ninguna inmunidad derivada del desempeño de funciones o cargos públicos. Frente a la persecución ante la CPI, no se reconoce inmunidad ni siquiera a los jefes de Estado en ejercicio de sus funciones.
4. Imprescriptibilidad de los crímenes internacionales: reconocida ampliamente en el derecho consuetudinario y en la jurisprudencia de los tribunales internacionales, y también por numerosas resoluciones de la ONU,

---

[10] Sergio Cámara Arroyo, *Justicia transicional y derecho penal internacional, alianzas y desencuentros*, Barcelona, Bosch, 2020.

[11] *Lex stricta* (aprobada por el Parlamento, por una mayoría ordinariamente cualificada, y no por el ejecutivo mediante procedimientos de delegación legislativa) que asegure, antes de la realización de la conducta punible (*lex previa*), la definición precisa (*lex scripta*, con exclusión de las normas de origen consuetudinario) de la conducta prohibida y la previsibilidad *(lex certa)* de la sanción.

[12] Basta con que la prohibición de la conducta sea anterior. Su tipificación, el sistema de penas y las normas jurisdiccionales y procesales pueden ser aprobadas *ex post facto.*

[13] Artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, y concordantes, entre otros, con el Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta de Derechos Humanos de la Unión Europea.

la más importante en 1973, y un tratado aprobado en 1968 y en vigor desde 1970. En el caso de los crímenes sometidos a conocimiento de la CPI, la imprescriptibilidad se aplica a todos los crímenes cometidos después de la entrada en vigor del Estatuto de Roma en 2002.[14]

5. *Non bis in idem.* Nadie puede ser juzgado más de una vez por el mismo delito. El principio no es absoluto, puesto que no se reconoce eficacia de cosa juzgada a los juzgamientos fraudulentos verificados con el único propósito de procurar la impunidad del responsable.
6. Debido proceso. Se reconocen todas las garantías del juicio justo a los inculpados: presunción de inocencia, derecho de defensa, etc.

El DPI es un derecho subsidiario respecto del derecho interno de los Estados, y también frente a los mecanismos extrapenales del DIH.[15] La aplicación del DPI constituye una obligación de los Estados. Por lo tanto, la intervención de los mecanismos de la justicia internacional tiene carácter complementario, y se produce cuando el Estado no quiere o no puede cumplir con esa obligación, es decir, cuando no incoa un procedimiento, o lo hace de manera meramente aparente con el propósito de sustraer al responsable de la persecución penal, o bien cuando lo hace con una dilación incompatible con su deber de perseguir los crímenes, o cuando el proceso se sustancia con ausencia de la independencia o imparcialidad requeridas.[16]

Justicia transicional y crímenes del pasado. Tránsito del conflicto armado a la paz. La reconciliación

La noción de justicia de transición abarca toda la variedad de procesos y mecanismos asociados con los intentos de una sociedad por resolver los problemas derivados de un pasado de abusos a gran escala contra los derechos humanos fundamentales, a fin de que los responsables rindan cuentas de sus crímenes, con el propósito de servir a la justicia y lograr la reconciliación. Tales procesos y mecanismos pueden ser judiciales o extrajudiciales, tener o no participación internacional, así como abarcar el enjuiciamiento de personas, el resarcimiento de las víctimas, la búsqueda de la verdad, la reforma institucional, la investigación de antecedentes y la remoción del cargo de los individuos que sean encontrados responsables de los abusos, o combinaciones diversas de todos esos mecanismos.[17] Comprende elementos de justicia (responsabilidad y equidad o *fairness* y rendición de cuentas o *accountability)* y paz, verdad, responsabilidad

[14] Para el caso de Colombia, en relación con la CPI, y respecto de los crímenes de guerra, la imprescriptibilidad se aplica a los cometidos a partir de 2009.
[15] Werle y Jessberger, *Tratado de derecho penal internacional, op. cit*.
[16] Kai Ambos, *Impunidad y derecho penal internacional*, Buenos Aires, Ad Hoc, 1999.
[17] UN Security Council, *El Estado de derecho,* Ginebra, ONU, párrafo 8.

y reconciliación (transparencia y visibilidad de los crímenes o *truth telling*, admisión de culpabilidad y relato histórico no sesgado) como cauce para alcanzar la coexistencia pacífica.[18] La reforma estructural del sistema de seguridad y justicia mediante la reconstrucción de instituciones involucradas en la actividad criminal a fin de volverlas funcionales, eficientes y confiables, así como la memoria histórica, es decir, la elaboración de una narrativa veraz, comprensiva y compartida de los abusos del pasado, son señaladas como pasos fundamentales para la consolidación del Estado de derecho y la reparación del tejido social y de la convivencia.

Algunos autores señalan que, junto a las violaciones graves de los derechos civiles y políticos, los procesos de justicia transicional deben abordar también las violaciones de los derechos económicos, sociales y culturales, la discriminación por cualquier causa y la postergación social endémica, así como las diferencias de género, que a menudo acompañan o preceden a aquellas, como formas de violencia transversal o interseccional, así como la violencia e injusticia estructurales, las relaciones de poder y dominación, y las desigualdades profundas, que se encuentran muchas veces entre las causas que originaron los conflictos y que deben ser abordadas como condición *sine qua non* para resolverlos.[19]

La justicia transicional debe servir, en definitiva, para enfrentar los legados de violencia del pasado y consolidar la democracia.[20] Es una institución jurídica de carácter temporal y excepcional, a diferencia de las instituciones penales de la jurisdicción ordinaria, que tienen carácter permanente. La justicia transicional está centrada en las víctimas del conflicto, es más restaurativa que retributiva, y en ella se atribuye mayor importancia a la reparación y a la consecución de la verdad que al castigo del perpetrador de las violaciones.[21]

La jurisdicción penal ordinaria no está diseñada para enfrentar esos fenómenos de macrocriminalidad que desbordan sus recursos y los objetivos para los que ha sido concebida, y termina por colapsar y convertirse en parte del problema, en vez de contribuir a su solución. Los fines tradicionalmente atribuidos a las penas en el proceso penal ordinario deben ser matizados en los procesos de transición, tomando en cuenta la escala del conflicto y la masificación de la violencia; el número de víctimas y victimarios que, de ser muy elevado –como en el caso de Colombia–, hace imposible la persecución penal de todos los individuos sometidos a las instituciones de la justicia de transición; y la debilidad institucional

---

18 Kai Ambos, *Justicia de transición, especial referencia al caso colombiano*, Bogotá, Temis, 2008.

19 Héctor Olásolo, *Derecho internacional penal, justicia transicional y delitos transnacionales: dilemas políticos y normativos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017.

20 International Center for Transitional Justice (ICTJ), Anna Myriam Roccatello y Gabriel Rojas, "Un enfoque mixto en los crímenes internacionales. Los procedimientos jurídicos retributivos y restaurativos de la Jurisdicción Especial para la Paz de Colombia", Nueva York, International Center for Transitional Justice, ICTJ, abril de 2020.

21 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-050 de 2018, M. S. Cristina Pardo Schlessinger.

que está presente en esta clase de procesos, que hace obligada una persecución selectiva, por razones materiales –imposibilidad del enjuiciamiento de todos los victimarios– y formales –fines de la pena y principio de mínima intervención–.[22]

El principio de mínima intervención del derecho penal ha sido reconocido por la Corte Constitucional de Colombia[23] en los siguientes términos:

> La Corte ha sostenido que el derecho penal se enmarca en el principio de mínima intervención, según el cual, el ejercicio de la facultad sancionatoria criminal debe operar cuando las demás alternativas de control han fallado. Esta preceptiva significa que el Estado no está obligado a sancionar penalmente todas las conductas antisociales, pero tampoco puede tipificar las que no ofrecen un verdadero riesgo para los intereses de la comunidad o de los individuos; como también ha precisado que la decisión de criminalizar un comportamiento humano es la última de las decisiones posibles en el espectro de sanciones que el Estado está en capacidad jurídica de imponer, y entiende que la decisión de sancionar con una pena, que implica en su máxima drasticidad la pérdida de la libertad, es el recurso extremo al que puede acudir el Estado para reprimir un comportamiento que afecta a los intereses sociales. En esta medida, la jurisprudencia legitima la descripción típica de las conductas solo cuando se verifica una necesidad real de protección de los intereses de la comunidad. De allí que el derecho penal sea considerado por la jurisprudencia como la *ultima ratio* del derecho sancionatorio.

Servir a la justicia y procurar la paz y la reconciliación. Conflicto de deberes estatales. Conflicto de derechos individuales y colectivos

Cuando el DPI tiene que ser aplicado en situaciones de transición, se producen simultáneamente varios dilemas. Los Estados deben satisfacer los estándares internacionales de persecución de los crímenes internacionales, pero deben igualmente procurar la pacificación de las sociedades en conflicto y asegurar la convivencia social en las situaciones posconflicto. La aplicación estricta de un modelo de justicia puramente retributiva origina con frecuencia resistencias de los presuntos responsables y de los grupos políticos o económicos que los apoyaron o los alentaron a cometer los crímenes, así como de las instituciones en cuyo seno actuaron. Esas resistencias dificultan la transición. Las víctimas, por su parte, tienen derecho a la justicia, pero la exigencia a ultranza del castigo de los responsables puede hacer inviable el derecho de la sociedad a una convivencia pacífica.

La persecución y el castigo de las conductas criminales, el esclarecimiento de la verdad y la reparación a las víctimas tienen que ser compatibles, en definitiva, con la pacificación de una sociedad castigada por la violencia. El

[22] Elena Maculan, *Los crímenes internacionales en la jurisprudencia latinoamericana*, Madrid, Marcial Pons, 2019. Véase también Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-080 de 2018, M. P. Antonio José Lizarazo Ocampo.

[23] Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-464 de 9 de julio de 2014, M. P. Alberto Rojas Ríos.

Estado puede renunciar al ejercicio del *ius puniendi* –que es su prerrogativa y su obligación, pero no se configura como un derecho incondicionado de las víctimas– siempre que lo haga de manera estrictamente condicional y garantizando al mismo tiempo la investigación y el reconocimiento de la verdad acerca de los crímenes del pasado. El deber del Estado de investigar y establecer individualmente la responsabilidad de los crímenes es correlativo al derecho de las víctimas a conocer la verdad.

El deber de investigar y castigar. Referencias internacionales

La jurisprudencia de los tribunales internacionales, así como las decisiones de los órganos internacionales y regionales de vigilancia de la observancia de los derechos humanos, consagran el deber de investigar y castigar los crímenes como una obligación primordial de los Estados, e interpretan muy restrictivamente las disposiciones que tienden a restringir o limitar la obligatoriedad de la persecución para aquellos.[24] No existe, sin embargo, ninguna disposición convencional que prohíba de manera expresa y taxativa las amnistías, los indultos, la suspensión o reducción de las penas, u otras medidas de gracia o de flexibilización de la obligación de perseguir.[25] Medidas de esa naturaleza, por otra parte, son práctica habitual en el proceder de los Estados, con distintas motivaciones, especialmente en contextos de transición de regímenes autoritarios o en escenarios posconflicto. Citaremos, para empezar, algunos referentes de decisiones de los órganos del sistema de derechos humanos de LAS Naciones Unidas y las organizaciones regionales, y de los tribunales internacionales que refrendan la obligación de los Estados y limitan sus facultades discrecionales de renunciar a perseguir penalmente las conductas más graves:

a. Comité de Derechos Humanos de la ONU: el establecimiento de órganos tales como una comisión de la verdad, no excusa del enjuiciamiento penal de las violaciones graves de los derechos humanos.[26]
b. Comité contra la Tortura de la ONU: la imposición de penas menos severas y la concesión de indultos son incompatibles con la obligación de imponer penas adecuadas.[27]

---

[24] Maculan, aprecia una interpretación más *estricta* de la prohibición de las amnistías y los indultos en la jurisprudencia latinoamericana, frente a la más *flexible* de los tribunales europeos. (Maculan, *Los crímenes internacionales en la jurisprudencia latinoamericana*, *op. cit.).*

[25] Por el contrario, el artículo 6.5 del Protocolo Adicional 11, de 8 de junio de 1977, de las Convenciones de Ginebra de 1949, establece: "A la cesación de las hostilidades, las autoridades en el poder procurarán conceder la amnistía más amplia posible a las personas que hayan tomado parte en el conflicto armado o que se encuentren privadas de libertad, internadas o detenidas por motivos relacionados con el conflicto armado".

[26] Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos, Togo, UN Doc. CCPR/C/CO/4, de 18 de abril de 2011, párrafo 10.

[27] Naciones Unidas, Comité contra la Tortura, Kepa Urra Guridi v. España, UN Doc. CAT/C/34/D/212/2002.

c. Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH): la concesión de amnistías a los responsables de los asesinatos y el maltrato de civiles constituye una violación de los artículos 2 y 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y son incompatibles con la obligación unánimemente reconocida de los Estados de procesar y castigar las violaciones graves de los derechos humanos fundamentales, en tanto que impide y obstaculiza la investigación y necesariamente conlleva la impunidad de los responsables. En un *obiter dicta* de una de las sentencias que abordan la cuestión, sin embargo, el Tribunal apunta la posibilidad de la licitud de la amnistía en ciertas situaciones particulares, como los procesos de reconciliación en los que se articulan algunas formas de compensación para las víctimas.[28] No se descarta, por tanto, cierta compatibilidad del Convenio Europeo con las medidas de amnistía.[29]
d. Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH): declaraciones reiteradas de ilicitud de las amnistías en los casos de El Salvador, Argentina y Uruguay, entre otras.[30]
e. Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH): son inadmisibles las disposiciones de amnistía que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos.[31] Las penas impuestas y su ejecución no pueden constituirse en factores de impunidad.[32] La doctrina reciente de la Corte en relación con los procedimientos de priorización de Colombia se comentarán más adelante.
f. Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos: la concesión de amnistía para autores de violaciones de derechos humanos viola el derecho de las víctimas a un recurso efectivo.[33]

---

[28] Corte Europea de Derechos Humanos (ECtHR), Caso 4455/10, Margus v. Croacia, 13 de noviembre de 2012. La sentencia contó con el voto discrepante de tres de los jueces que señalaron que no existe en el derecho internacional una prohibición absoluta de las amnistías en los casos de violaciones graves de los derechos humanos.

[29] Elena Maculan, "Derecho penal, obligaciones internacionales y justicia de transición", *Revista Penal*, n.º 41, 2018.

[30] CIDH, Informe anual 26/92, El Salvador; caso 10.287, de 24 de septiembre de 1992, y muchos otros, en especial, en la Sentencia de Fondo y Reparaciones de 24 de febrero de 2011 en el caso Gelman v. Uruguay, que declara contraria al CIDH la Ley de caducidad de la pretensión punitiva, no obstante haber sido refrendada en dos referéndums, en 1989 y 2009.

[31] Corte IDH, Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, Sentencia de 29 de julio de 1988, Fondo, Serie C, n.° 04. Corte IDH, Caso Barrios Altos vs. Perú, Sentencia de 14 de marzo de 2001, Serie C, n.° 75.

[32] Corte IDH, Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia, Sentencia de 25 de mayo de 2010, Serie C, n.° 213.

[33] Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (CADHP), 245/2002, Zimbabwe Human Rights NGO Forum v. Zimbabwe, 2006-2007.

La prohibición de amnistías e indultos está igualmente contemplada de manera expresa en el Estatuto de la Corte Especial para Sierra Leona, en el del Tribunal Especial para el Líbano y en la Ley para el establecimiento de las salas extraordinarias en las cortes de Camboya.[34]

El deber de investigar y castigar no es, sin embargo, ilimitado. La propia CPI, sentada la obligación de persecución primaria de los Estados, se rige en su actuación por el principio de complementariedad, y el Estatuto de Roma establece criterios de admisibilidad, de selección y de priorización de casos con arreglo a la gravedad de los crímenes, la capacidad y voluntad de los Estados para perseguirlos, y el interés de la justicia, como se verá más adelante.

Los fines de la pena en el DPI, por otra parte, permiten matizar la obligatoriedad de la persecución por los Estados. Tales fines han sido enumerados por la propia CPI de la siguiente manera:[35]

1. Dar respuesta a la necesidad de verdad y justicia de las víctimas.
2. Expresar el rechazo y estigma social a la conducta y a su autor.
3. Reconocer el daño y sufrimiento de las víctimas.
4. Prevención general.
5. Evitar el riesgo de que las víctimas persigan la venganza.
6. Promover la rehabilitación del condenado.

Es preciso, pues, armonizar las normas del DPI y las de la justicia transicional, y buscar en qué casos la justicia retributiva puede ceder el paso a la restaurativa, matizando la obligación de perseguir y atemperándola a las necesidades y los valores perseguidos en los procesos transicionales,[36] donde no resulta generalmente aceptado que exista en el derecho internacional una prohibición absoluta o de *ius cogens* para las amnistías, los indultos u otras medidas de similares consecuencias, especialmente cuando vienen acompañadas de medidas alternativas. La renuncia a la sanción de los crímenes de derecho internacional puede, en casos individuales, ser necesaria para alcanzar la paz interna y hacer posible una reconciliación nacional.[37] Ese principio de oportunidad puede ampararse en razones de adecuación o necesidad, en función del objetivo perseguido de la pacificación y la convivencia de una sociedad en conflicto, y permite matizar el derecho de las víctimas a la justicia con criterios de proporcionalidad por razón de la materia –limitando la persecución a los crímenes más graves– y por

---

[34] Artículos 10, 16 y 40, respectivamente.

[35] CPI, Sala de Primera Instancia 11, Sentencia Germain Katanga.

[36] Louise Mallinder, "Amnesties", en M. C. Bassiouni, *The Pursuit of International Criminal Justice: A World Study on Conflicts, Victimization and Post-Conflict Justice*, Cambridge, Intersentia, 2010; Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), Caso Margus vs. Croatia, Sentencia de 13 de noviembre de 2012.

[37] Werle y Jessberger, *Tratado de derecho penal internacional, op. cit*.

razón de las personas –limitándola a los máximos responsables–, sin apartarse de la finalidad del DPI y de su sistema de penas.

Los criterios de selección y priorización, análogos a los empleados por la CPI, pueden resultar de utilidad en casos como el de Colombia, donde el universo de víctimas y potenciales victimarios del conflicto que enfrentó al Estado con las FARC-EP es tan grande, que intentar llevar ante la justicia penal a todos ellos conduciría seguramente al colapso del sistema de la justicia ordinaria, y en definitiva a la impunidad,[38] razón por la cual se ha arbitrado la JEP, precisamente para que seleccione, priorice y concentre la respuesta estrictamente penal en los máximos responsables de los crímenes más graves, y arbitre para los demás medidas extrapenales.

Función de la Corte Penal Internacional en el proceso transicional colombiano

En 2021, la Fiscalía de la CPI decidió dar por finalizado el examen preliminar que venía instruyendo respecto de la situación de Colombia desde más de una década atrás. La decisión fue adoptada luego de la firma del Acuerdo de Paz de 2016 y de la constitución de la JEP, considerando que el Estado colombiano disponía de la capacidad y había demostrado la voluntad de cumplir en términos razonables con su deber de persecución de los crímenes internacionales y poner fin a la impunidad. Se atribuyen a la CPI diversas funciones en tal escenario:[39]

1. Una función simbólica de normalización y estandarización de la justicia transicional. La JEP y la CPI tienen en común sus funciones de rendición de cuentas, de lucha contra la impunidad y de prevención general o disuasión de la comisión futura de los crímenes internacionales.
2. Una función de garante de los esfuerzos del Estado en contra de la impunidad. La CPI puede evaluar los procesos internos del Estado, y en particular el desempeño de la JEP, para verificar que la investigación de los crímenes es auténtica y efectiva.
3. Una función de garante de la reparación de las víctimas. La CPI puede establecer procedimientos de complementariedad positiva y cooperar con la JEP para supervisar los procedimientos de reparación de las víctimas.

[38] Es elocuente el ejemplo del proceso de Justicia y Paz de Colombia, en el que después de seis años de ingentes esfuerzos y numerosos recursos invertidos por la Fiscalía General de la Nación para dispensar justicia respecto de los miles de desmovilizados y hechos delictivos, se habían conseguido apenas catorce sentencias, ninguna de las cuales alcanzaba a los máximos responsables. Por esa razón, en el Acto Legislativo 01 de 2012, se integraron a la investigación de crímenes internacionales instrumentos jurídicos de justicia transicional como la priorización y la selección.

[39] Cámara Arroyo, *Justicia transicional y derecho penal internacional, alianzas y desencuentros, op. cit.*, siguiendo al anterior fiscal adjunto de la CPI, James Stewart, "El rol de la CPI en el proceso de justicia transicional en Colombia", conferencia organizada por el Instituto Max Planck, 2018.

4. Una función de garante del cumplimiento de los fines de la pena. Para poner fin a la impunidad y prevenir la comisión de futuros crímenes, el sistema de penas –parte integral del procedimiento de resolución del conflicto– ha de ser coherente, tomando en cuenta el principio de proporcionalidad, el tipo y grado de restricciones a la libertad personal que se imponen, la motivación de la resolución, las circunstancias personales del inculpado, etc. En relación con las medidas de no ejercicio de la acción penal, es esencial que se arbitren acciones efectivas que aseguren el cumplimiento de la garantía de no repetición.
5. Una función de ratificación y control judicial de los acuerdos de justicia transicional. La flexibilización de la obligación de perseguir y castigar, los procesos de selección y priorización de casos y de inculpados, la concesión de amnistía y las decisiones de no ejercicio de la acción penal están sometidas a verificación por parte de la CPI, que deberá validar que el esfuerzo por someter a los máximos responsables a una rendición de cuentas en el ámbito de la justicia penal es genuino, y que la investigación y el esclarecimiento de la verdad y la reparación de las víctimas son integrales.[40] En la medida en que lo sean, la CPI podrá sancionar la validez de los procesos alternativos extrapenales para los partícipes no determinantes.
6. Una función de selección y priorización de casos. La CPI controlará que la selección y priorización verificada por la JEP sea razonable y transparente, amparada en consideraciones jurídicas y estratégicas claras, y con una metodología aplicada de manera equitativa a los diferentes grupos de responsables.
7. Una función estabilizadora del proceso de transición. Teniendo en cuenta el progreso alcanzado por las autoridades judiciales en la rendición de cuentas, tanto a través de la justicia ordinaria como de los sistemas de justicia transicional, incluyendo el sistema de Justicia y Paz y el sistema de la JEP, la posibilidad de la eventual apertura futura de una investigación por parte de la Fiscalía de la CPI[41] si Colombia no cumpliese de manera razonable con su obligación de investigar y perseguir los crímenes, debe operar como disuasorio de cualesquiera intentos, internos o externos, de impedir a la JEP alcanzar sus objetivos. De esa manera, la CPI se erige en garante último de la no repetición de los crímenes y de la culminación de la transición de conformidad con los estándares internacionales.

[40] La investigación debe ser seria, imparcial, efectiva y cumplida, y desvelar estructuras y patrones de macrocriminalidad ante atrocidades masivas o sistemáticas, con los recursos judiciales disponibles y en un tiempo razonablee (Corte Constitucional de Colombia, sentencias C-579 de 2013 y C-694 de 2015, reiterada esta última en la Sentencia C-007 de 2018).

[41] Los crímenes, cabe recordar, son imprescriptibles.

El interés de las víctimas y el de la justicia

El interés de las víctimas es señalado en el artículo 53, 1, c)[42] del Estatuto de Roma, junto con la cantidad y calidad de la prueba de cargo disponible, la concurrencia de los requisitos de admisibilidad del artículo 17 del propio Estatuto, y la gravedad de los crímenes, como uno de los criterios por tener en cuenta para que el fiscal pueda determinar si inicia o no una investigación sobre una determinada situación.

La mención no es particularmente esclarecedora, y suscita controversia en la doctrina: algunos autores consideran que las amnistías aprobadas por los Estados no pueden erigirse en un obstáculo para la admisibilidad de un procedimiento ante la Corte, precisamente porque resultan contrarias al interés de las víctimas. Otros matizan esa opinión y sostienen que el interés de las víctimas es incompatible únicamente con las *blanket amnesties*, es decir, las amnistías generales e incondicionales. De hecho, se señala que una amnistía sometida a condición no es verdaderamente una amnistía.[43] Por el contrario, las medidas de gracia, indultos, amnistías o renuncias a la persecución penal, especialmente si han sido adoptadas en un contexto de transición democrática desde un régimen autoritario hacia otro democrático, o al final de un conflicto armado con el propósito de restaurar el principio de legalidad, la convivencia y propiciar la reconciliación y, de forma combinada con otros procedimientos transicionales tales como una comisión de la verdad y un programa de reparaciones, así como un régimen de condicionalidad, sí pueden representar un obstáculo a la admisibilidad de una situación por la CPI.

La razón es que el principio de persecución, aun tomando en cuenta el interés de las víctimas y la gravedad de los hechos, conoce una excepción reconocida en el mismo artículo 53, 1, c) del Estatuto, que dispone que en tales casos se iniciará la investigación salvo que concurran *razones sustanciales* para considerar que tal investigación *no serviría al interés de la justicia.* En tal caso, el fiscal debe optar por no iniciarla. Tal parece ser el fundamento principal de su decisión de no continuar las actuaciones preliminares respecto de la situación de Colombia. Algunos autores han apuntado la legitimidad de la utilización de las medidas

[42] "Article 53 lnitiation of an investigation: l. The Prosecutor shall, having evaluated the information made available to him or her, initiate an investigation unless he or she determines that there is no reasonable basis to proceed under this Statute. In deciding whether to initiate an investigation, the Prosecutor shall consider whether: The information available to the Prosecutor provides a reasonable basis to believe that a crime within thejurisdiction ofthe Court has been or is being committed; The case is or would be admissible under article 17; and Taking into account the gravity of the crime and the interests of victims, there are nonetheless substantial reasons to believe that an investigation would not serve the interests of justice".

[43] Mallinder, "Can amnesties and international justice be reconciled?", *op. cit*.

de gracia como incentivo para la dejación de las armas o la colaboración de los criminales a la reparación de las víctimas.[44]

El interés de la justicia[45] se erige, pues, interpretado en conjunto con los criterios de admisibilidad del artículo 17 del Estatuto de Roma, y a pesar de la notable indeterminación del concepto desde el punto de vista jurídico, en una suerte de principio de oportunidad para el fiscal de la Corte Penal Internacional –que también puede encontrar aplicación por vía interpretativa o analógica en el derecho interno de los Estados miembros–, una excepción al principio de obligatoriedad de la persecución, en cuya virtud el fiscal debe abstenerse de proceder cuando el Estado esté llevando a cabo una investigación, aunque sea con los instrumentos de la justicia transicional, combinando justicia retributiva y restaurativa, así como procedimientos judiciales y extrajudiciales.[46]

El interés de la justicia y el interés de la sociedad se identificarían, según no pocos autores, en un proceso transicional en el que el Estado procura la reconciliación y la convivencia, y persigue esos fines legítimos propiciando una combinación de investigación para el establecimiento de la verdad y la reparación de las víctimas, y una exigencia genuina de rendición de cuentas para los victimarios, que incluya el enjuiciamiento penal de los máximos responsables por los hechos más graves y, al mismo tiempo, establezca medidas alternativas al enjuiciamiento penal para los demás hechos y responsables, siempre que tales procedimientos contribuyan a consolidar una garantía efectiva de no repetición.

En ese contexto, la intervención de la CPI puede reducirse al acompañamiento, desde la complementariedad positiva, a los esfuerzos del Estado para hacer compatibles la justicia y la reconciliación, siempre que la actuación estatal contribuya efectivamente al conocimiento y condena pública de las conductas criminales, el reconocimiento de las víctimas y la prevención de futuras conductas similares, mediante el fortalecimiento del Estado de derecho y la reconciliación.

La renuncia a la persecución penal. Referentes internacionales y doctrinales

La renuncia a la persecución penal, en términos que puedan ser considerados equivalentes a los establecidos para la JEP de Colombia, no conoce apenas precedentes en el derecho comparado. Eso no significa que no se hayan arbitrado

---

[44] Maculan, *Los crímenes internacionales en la jurisprudencia latinoamericana, op. cit*.

[45] La Fiscalía de la CPI desarrolló en 2007 un *policy paper* en el que examina la cláusula del interés de la justicia del Estatuto de Roma, y alude igualmente al interés de la justicia en su *policy paper* de noviembre de 2013 sobre los exámenes preliminares. Ha emitido además un *policy paper* sobre selección y priorización de casos, y en septiembre de 2023 un *draft policy* sobre complementariedad y cooperación.

[46] Alicia Gil y Elena Maculan, *Derecho penal internacional,* Madrid, Dykinson, 2019; Werle y Jessberger, *Tratado de derecho penal internacional, op. cit*.

mecanismos de selección y priorización de crímenes e inculpados,[47] y que, como consecuencia de la aplicación de estos, no se haya dejado de perseguir penalmente a muchos responsables.

En todos los procesos importantes de rendición de cuentas por crímenes internacionales y violaciones masivas de los derechos humanos se han arbitrado procedimientos de renuncia al ejercicio de acciones penales, pero estos han sido adoptados en la mayor parte de los casos a través de la concesión de amnistías, y muchas otras veces de manera implícita, por omisión o, simplemente, por la vía de hecho. En casi todos los casos, esa falta de ejercicio de la acusación ha desembocado, además, por lo general, en la impunidad definitiva de los responsables no seleccionados, porque tampoco se han arbitrado para ellos medidas de responsabilización alternativas.

La doctrina cita como primer precedente de la decisión de no perseguir penalmente a los responsables de crímenes internacionales el de Napoleón Bonaparte.[48] Después de su derrota en Waterloo, el emperador vencido fue sometido al escrutinio de los aliados vencedores, algunos de los cuales querían llevarlo a juicio por crímenes contra la paz en función de las numerosas guerras de agresión que había desencadenado. Prevaleció la solución de castigarlo de manera implícita, impuesta por los británicos, que no querían dejarlo libre, pero tampoco juzgarlo, lo que consideraban un precedente peligroso, contrario al principio de inmunidad soberana y de resultado incierto, tomando en cuenta la personalidad del acusado y la inestabilidad política en Francia. Bonaparte fue recluido a perpetuidad, pero nunca fue llevado a juicio.

También se produjeron procesos de selección y priorización respecto de los vencidos al final de la Primera Guerra Mundial, designando cada potencia vencedora los responsables políticos y militares de los imperios alemán y otomano que deseaban ver juzgados, según se había acordado en el Tratado de Versalles. La selección se verificó a veces con criterios bastante aleatorios, ajenos a la prueba disponible, fundamentados casi exclusivamente en los intereses políticos de los vencedores, y en los agravios específicos padecidos singularmente por cada país o por los ciudadanos o combatientes de su nacionalidad, pero los resultados de los juicios celebrados en Leipzig y Constantinopla fueron decepcionantes, culminando en la absolución de la mayoría de los seleccionados que llegaron a ser juzgados, o con la imposición de penas ínfimas y no proporcionadas

[47] En el caso de Colombia, los objetivos de la selección y priorización han sido determinados por la Corte Constitucional, Sentencia C-080 de 2018. La selección debe centrar los esfuerzos de la justicia en la investigación penal de los máximos responsables de graves violaciones de los derechos humanos e infracciones al DIH, mientras que la priorización debe determinar el orden estratégico de investigación y juzgamiento.

[48] Gary J. Bass, *Stay the hand of vengeance: the politics of war crime tribunals*, Princeton, Princeton University Press, 2000.

a la gravedad de los crímenes, consagrándose al final la impunidad del káiser, que nunca fue entregado por Holanda, donde se había refugiado, la de los demás seleccionados que nunca llegaron a ser juzgados y, por supuesto, la de todos los no seleccionados.

Mucho más serio fue el procedimiento empleado por los aliados al final de la Segunda Guerra Mundial, auspiciado por el presidente Roosevelt[49] y liderado por los juristas norteamericanos; estos diseñaron un sistema de responsabilidad penal que comprendía dos ámbitos complementarios: el primero, para los crímenes más graves y los máximos responsables del Tercer Reich, por los crímenes cometidos en Alemania y en la generalidad de los territorios que habían sido ocupados por los alemanes durante la guerra, dividido a su vez en un juicio principal para los más altos líderes políticos y militares del régimen nazi[50] considerados máximos responsables, y doce juicios temáticos[51] para cada uno de los sectores de poder político y económico que habían participado de manera determinante en la represión y también en relación con las actividades criminales más destacadas y que habían ocasionado mayor sufrimiento a las víctimas, cuantitativa o cualitativamente: los juicios de los médicos,[52] los juristas,[53] los industriales,[54] el alto mando militar,[55] la administración central,[56] los responsables de los campos de concentración,[57] los grupos de tareas de las SS,[58] etc. Fueron seleccionados y sometidos a proceso 4.850 individuos, por razón de su rango jerárquico, liderazgo político, militar u operativo, y la gravedad de sus crímenes, pero resultaron finalmente acusados únicamente 611 de ellos en función de la prueba disponible. Ese ámbito principal sin ubicación definida

---

[49] Churchill y Stalin se mostraron partidarios de las ejecuciones sumarias y sin juicio de los principales responsables nazis tan pronto como fueran aprehendidos.

[50] Fueron acusados veintidós líderes políticos y militares supervivientes más importantes del Reich: Hermann Göring, Karl Donitz, Wilhelm Keitel, etc.; también fueron acusadas siete organizaciones del régimen nazi. Casi todos fueron condenados, buena parte de ellos a pena de muerte, pero algunos resultaron absueltos.

[51] Análogos, por cierto, a los macrocasos seleccionados por la JEP.

[52] Los responsables de las políticas de eutanasia, eugenesia y las esterilizaciones forzosas de los disminuidos físicos y psíquicos, las minorías étnicas y raciales o los opositores políticos.

[53] Los ministros de justicia, fiscales generales y magistrados de las cortes Suprema y de Apelaciones que habían puesto la administración de justicia del Reich al servicio de la represión. Es decir, aquellos que utilizaron las formas vacías del proceso judicial para destruir el Estado de derecho en Alemania, como señaló la Sentencia del caso Altstoetter *et al*.

[54] Krupp, JG Farben y otros, los empresarios que habían contribuido más decisivamente al esfuerzo de guerra del Tercer Reich, lucrándose con ello, y los que habían fabricado instrumentos letales para el exterminio, como el gas ziklon, utilizado en las cámaras de gas para envenenar a los prisioneros.

[55] El Estado Mayor Central de la Wehrmacht.

[56] Los más altos responsables de la administración pública alemana durante la guerra.

[57] La conferencia de Wannsee, en la que se acordó la solución final o exterminio de los judíos, no fue objeto de acusación porque no fue conocida hasta después de los juicios de Núremberg.

[58] Los Einsatzgruppen, las unidades más letales de la organización, responsables de los crímenes más graves.

estaba complementado por otro ámbito territorial, con tribunales militares aliados y tribunales nacionales constituidos para aquellos máximos responsables cuya responsabilidad jerárquica y la consiguiente actividad criminal estuviera circunscrita a determinadas zonas geográficas, los cuales fueron juzgados en los respectivos países. En los años siguientes se celebraron numerosos juicios *menores*, especialmente en Alemania, pero muchos crímenes quedaron imprejuzgados para siempre. El proceso de *desnazificación* llevó a campos de internamiento en la posguerra a aproximadamente 400.000 alemanes, más de la mitad de ellos en la zona soviética, que fueron investigados y, en muchos casos, llevados a juicio. En Alemania occidental, los aliados americanos, británicos y, en menor medida, los franceses, juzgaron y condenaron a 5.025 individuos, de los cuales 806 recibieron la pena de muerte, que se ejecutó en 486 casos. El inicio de la Guerra Fría hizo que los aliados perdieran interés en el proceso, y, finalmente, el 42% de los inculpados de la zona francesa, el 46% de la estadounidense y el 53% de la británica, fueron liberados sin cargos. La *desnazificación* fue mucho más intensa en Alemania oriental, donde fueron internados más de 200.000 prisioneros, de los que solamente el 12% fueron después liberados sin cargos. El programa se dio por concluido en 1951.

La selección, la priorización y el enjuiciamiento fue mucho más desafortunado en el tribunal del Extremo Oriente. A diferencia de lo ocurrido en Alemania, cuyo territorio había sido ocupado antes de la rendición final, los aliados no pudieron incautar los archivos de guerra japoneses, por lo que la prueba documental de cargo era muy limitada, de manera que la selección se hizo con criterios primordialmente políticos –empezando por la exoneración del emperador Hiro Hito, que había sido exigida por Japón para aceptar una rendición por lo demás incondicional–. A una selección defectuosa e incompleta se unieron las discrepancias entre los doce países aliados que constituyeron el tribunal, que fueron constantes, así como el advenimiento de la Guerra Fría, que conllevó la cesación de los esfuerzos punitivos. Muchos altos responsables civiles y militares japoneses no fueron nunca inculpados, ni se adoptó respecto de ellos medida disciplinaria o alternativa alguna. Ciertas conductas muy graves, como las numerosísimas agresiones sexuales cometidas contra las mujeres de los territorios ocupados, no fueron tomadas en consideración, ni en Tokio ni en Núremberg. La violencia sexual en el conflicto, incluyendo la conducta sistemática de explotación sexual de mujeres, en su mayoría coreanas –las conocidas como *comfort women*–, para la satisfacción de los apetitos sexuales de los soldados japoneses, quedó impune. Los crímenes de los aliados vencedores quedaron igualmente impunes.[59]

[59] Las convenciones de Ginebra, basadas en los acontecimientos y las experiencias de la guerra mundial, fueron aprobadas en 1949, y tampoco contemplaron las agresiones sexuales

En España, como en muchos otros países posconflicto, durante la transición se promulgó una amnistía general, y los crímenes de la dictadura franquista quedaron imprejuzgados. Todos los esfuerzos posteriores para llevar a juicio a los responsables de los crímenes más graves han resultado infructuosos.

En Sudáfrica, en los años noventa, el pacto político que hizo posible la transición democrática se fundamentó sobre la condena genérica del crimen internacional de *apartheid*, pero se acordó que ninguno de los responsables del régimen de segregación racial institucionalizada que había privado durante décadas a la mayoría de la población de color de sus derechos fundamentales fuera llevado a juicio. Se acordó perseguir penalmente tan solo las violaciones singulares de derechos humanos, tales como torturas, detenciones arbitrarias, ejecuciones extrajudiciales o desapariciones forzadas, que habían sido sistemáticas, y cometidas tanto por las autoridades y funcionarios del régimen racista como por los integrantes de las organizaciones opuestas al mismo. Muchos de los inculpados solicitaron del comité establecido al efecto en el seno de la comisión de la verdad ser beneficiados por la amnistía, pero, aunque se concedieron relativamente pocas amnistías singulares, el enjuiciamiento efectivo y la condena de los culpables se produjo en muy pocos casos, lo que benefició a la mayoría de los responsables de la no persecución *de facto.*

Los tribunales internacionales *ad hoc* para la ex-Yugoslavia y Ruanda iniciaron su andadura con severas limitaciones políticas y de recursos personales, materiales y financieros, en buena medida por la falta de voluntad política y de cooperación de los Estados, y por ello fueron inculpando a los responsables de los crímenes, no siempre los más importantes, con criterios pragmáticos, según iban siendo capturados y puestos a disposición de los tribunales. En el caso de Ruanda, muchos inculpados por genocidio fueron sometidos a los mecanismos de la *gacaca*, la justicia tradicional. La verdadera selección y priorización de los máximos responsables por los crímenes más graves se produjo con una década de retraso, a solicitud del Consejo de Seguridad de la ONU, más por razones políticas y presupuestarias, para establecer un horizonte de finalización del mandato de ambos tribunales y dar paso al Mecanismo Residual Internacional de los Tribunales Penales, que con criterios estrictamente jurídicos. Clausurados aquellos tribunales internacionales, la persecución permaneció abierta, al menos formalmente, ante los tribunales nacionales. Los tribunales de Sierra Leona y Camboya verificaron procesos estrictos de selección desde su constitución.

La primera constatación que puede obtenerse de las numerosas y diversas fórmulas empleadas para la persecución nacional, internacional o mediante instrumentos híbridos de las violaciones masivas de los derechos humanos, es que los procesos de selección y priorización de los máximos responsables por

como infracciones graves del DIH.

los crímenes más graves han tomado carta de naturaleza en el DPI. En la mayor parte de los casos, tales mecanismos de selección y priorización han llevado al enjuiciamiento más o menos efectivo de aquellos partícipes con un mayor grado de responsabilidad, y a la no persecución, acordada expresamente o de manera implícita o consagrada por la vía de hecho, de los demás partícipes.

De los precedentes analizados se desprende una primera conclusión: el grado de cumplimiento de la obligación de los Estados de perseguir y castigar los crímenes se mide principalmente en función de los sistemas legalmente articulados de persecución penal efectiva. La credibilidad de los sistemas de no persecución de los partícipes no determinantes, por paradójico que pueda resultar, no depende tanto de la forma en que se articulen la renuncia a la persecución y la condicionalidad, en su caso, como de la extensión e intensidad de la persecución efectivamente arbitrada contra los máximos responsables. Si la persecución de estos es genuina, la no persecución de los demás, acompañada de medidas de rendición de cuentas alternativas, se considera legitimada. Estos no responden penalmente porque lo hacen aquellos.

La segunda conclusión es igualmente manifiesta: para cumplir con la obligación de los Estados de perseguir, derivada del derecho internacional, la renuncia a la persecución no puede equivaler a una amnistía de hecho ni de derecho. Debe consistir en una verdadera rendición de cuentas, suponer la culminación de una investigación efectiva, contar con la participación de las víctimas y acarrear consecuencias, aunque no sean sanciones penales, para los inculpados que reconocen su responsabilidad. En la medida en que obtenga el establecimiento de la verdad, la individualización de los responsables, la reparación de las víctimas y las garantías de no repetición, el sistema articulado en Colombia para el no ejercicio de la acción penal a los partícipes no determinantes cumplirá con los estándares internacionales, e incluso superará los resultados obtenidos por experiencias análogas anteriores en el derecho comparado.

Hay una tercera conclusión o, más bien, una apreciación de orden lógico y cronológico que es necesario subrayar y que se desprende con nitidez de las experiencias anteriores. En todos los precedentes examinados[60] el esfuerzo de la rendición de cuentas ha comenzado por la exigencia de responsabilidad penal a los máximos responsables por los crímenes más graves, y solo después se ha exigido la responsabilidad alternativa de los partícipes menos importantes.

En el caso de la JEP, parece razonable que se proceda de la misma manera. La opinión pública nacional e internacional no entendería que se resuelva definitivamente la situación de los comparecientes con menores responsabilidades, mientras la de los máximos responsables permanece imprejuzgada. En

[60] Con la única excepción del tribunal de la ex-Yugoslavia, por las razones presupuestarias y logísticas arriba expresadas.

esa situación, por ende, se haría mucho más difícil para las víctimas la aceptación de la renuncia al ejercicio de acciones penales respecto de los partícipes no determinantes, que podría ser presentada como el preludio de la subsiguiente no exigencia de responsabilidad penal a quienes sí han sido seleccionados.

La referencia de la oficina del fiscal de la Corte Penal Internacional

En su escrito de *amicus curiae* presentado ante la Corte Constitucional de la República de Colombia el 18 de diciembre de 2017, la Fiscalía de la Corte Penal Internacional –que debe ser el principal referente de la JEP a la hora de adoptar sus decisiones y establecer su jurisprudencia– señalaba que el sistema de penas de la Jurisdicción debería perseguir los fines generales del sistema de justicia penal internacional del Estatuto de Roma: esencialmente, poner fin a la impunidad por los crímenes más graves. La disminución de las penas para los responsables de crímenes graves es aceptable para la Fiscalía siempre que quede acreditada la intención genuina de las autoridades estatales de que el responsable, partícipe no determinante, responda ante la justicia. Lo relevante, en definitiva, es que tenga lugar una verdadera rendición de cuentas. El partícipe, según la Fiscalía de la CPI, debe satisfacer las condiciones siguientes:

1. El reconocimiento de su responsabilidad.
2. El ofrecimiento de garantías de no repetición.
3. Su participación irrestricta en los procedimientos de esclarecimiento de la verdad y de reparación a las víctimas.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos

La Corte IDH –el otro referente internacional fundamental que debe tomar en cuenta la JEP a la hora de resolver en todos los aspectos fundamentales de su mandato– ha hecho referencia a los procesos de priorización y selección articulados en Colombia en tres resoluciones recientes. En ellas, la Corte IDH ha empezado a apartarse de sus resoluciones anteriores, ya reseñadas, en las que se mostraba contraria a cualesquiera medidas, amnistías, indultos u otras medidas de gracia, que matizaran o redujeran la vigencia y los efectos del derecho de protección judicial de las víctimas o representasen un incumplimiento, siquiera parcial, del deber estatal de investigar y sancionar a *todos* los responsables –especialmente a los actores estatales– de *todos* los crímenes.

La Corte hace ahora referencia a diferentes precedentes que han venido surgiendo en la interpretación de las normas del derecho internacional de los derechos humanos (DIDH) tendientes a la flexibilización de sus estándares en los procesos transicionales. Cita en primer lugar la opinión del Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, en cuya opinión:

> Los países en transición, ya sea que salgan de un régimen autoritario, de una situación de conflicto o de una combinación de ambos, se caracterizan por la comisión de un gran número de crímenes con la participación de, posiblemente, varios miles de personas y que han dejado tras de sí un número ingente de víctimas. Hay casos en que, al inicio de una transición, podría ser imposible procesar y sancionar a los responsables, sobre todo si se tienen en cuenta las limitaciones de credibilidad, capacidad y recursos a que casi inevitablemente se enfrentan los poderes judiciales después de la represión o el conflicto, sobre todo en contextos en que la institucionalización es débil.[61]

El tribunal alude, igualmente, al punto de vista de la Misión de Apoyo al Proceso de Paz en Colombia, que señaló oportunamente:

> La Fiscalía debería orientar sus esfuerzos y equipos de fiscales a la investigación del fenómeno macrocriminal, con arreglo a criterios de priorización y selección establecidos legalmente, y, en todo caso, desde este mismo momento, de acuerdo con los propios criterios actuales de investigación, dirigir los esfuerzos al estudio de aquellos casos que respondan a las pautas antes enunciadas. Entre los que deberían priorizarse, desde luego, están los juicios frente a los máximos responsables, y la investigación de los bloques por casos o masacres cometidas. Si bien la ley está hecha para favorecer a quien se someta a ella, es necesario cuidar cualquier aspecto que esté favoreciendo la impunidad. La manera como la sociedad percibe cada decisión y la reacción de las víctimas son claves en el éxito de un proceso de justicia transicional.[62]

Finalmente, la Corte se refiere asimismo a la opinión expresada por la CIDH en el sentido de que se requiere cambiar radicalmente la estrategia de investigación de crímenes internacionales a partir de la adopción de criterios de selección y priorización. Recoge igualmente la Corte que, en el Cuarto Informe sobre la Situación de Derechos Humanos en Colombia del año 2013, la CIDH señaló: "El concepto de priorización sería, en principio, consistente con la importancia y necesidad de lograr el esclarecimiento judicial de la responsabilidad de los líderes más importantes".[63]

En sus tres resoluciones recientes relativas a Colombia, la Corte IDH reitera sus pronunciamientos anteriores, pero abre la vía de la flexibilización de la obligación de perseguir y castigar. Así, en la sentencia de 22 de noviembre de 2016, del caso Yarce y otras vs. Colombia, dispone: "Este Tribunal ordena al Estado que, de conformidad con su derecho interno y en un plazo razonable, adopte las medidas necesarias para continuar la investigación a fin de individualizar, juzgar y, en su caso, sancionar a los responsables de los hechos".

---

[61] Naciones Unidas, Informe A/HRC/27/56, 27 de agosto de 2014.

[62] MAPP-OEA, *Diagnóstico de Justicia y Paz en el marco de la justicia transicional en Colombia*, Washington, OEA, 2011.

[63] CIDH, *Informe anual 2011*, Capítulo IV, Colombia, CIDH, 2021, cap. IV, párrafo 91; *Informe anual: Verdad, justicia y reparación: Cuarto informe sobre la situación de derechos humanos en Colombia,* Colombia, OEA/Ser.L/V/II, Doc. 49/13, 31 de diciembre de 2013.

En la misma sentencia, sin embargo, y en relación con los sistemas de priorización puestos en marcha por el Estado colombiano –previos al de la JEP, pero con nítido fundamento en los principios de la justicia transicional–, señala: "La Corte valora positivamente la creación de los nuevos mecanismos de investigación penal […], e insta al Estado a continuar avanzando en su uso para indagar y concluir las investigaciones indicadas en el párrafo anterior".

En la siguiente Sentencia, dictada en el caso Vereda la Esperanza vs. Colombia, de 31 de agosto de 2017, la Corte Interamericana reitera: "El Estado debe llevar a cabo las investigaciones amplias, sistemáticas y minuciosas que sean necesarias para determinar y, en su caso, juzgar y sancionar a todos los responsables".

Añade, sin embargo, dando un apoyo en cierta medida *provisional* a los procedimientos de priorización establecidos por las autoridades colombianas previamente a la instauración de la JEP:

> De acuerdo con las consideraciones anteriores, la Corte concluye que no cuenta con elementos suficientes como para concluir que el Estado es responsable por una violación a las garantías judiciales contenidas en el artículo 8.1 de la Convención, y en el artículo I.b) de la Convención Interamericana sobre la Desaparición Forzada de Personas en perjuicio de las víctimas directas y sus familiares, por la aplicación del mecanismo de priorización de la Fiscalía al caso concreto, o por el diseño de investigación de los patrones de macrocriminalidad a través de ese mismo mecanismo.

Por último, en la Sentencia de 27 de julio de 2022, en el caso Integrantes y militantes de la Unión Patriótica vs. Colombia, la Corte proclama nuevamente su aceptación provisional del sistema de persecución penal, ya con referencia esta vez a lo establecido en el Acuerdo de Paz de 2016 para la JEP:

> Esta Corte recuerda que en el caso Vereda la Esperanza vs. Colombia, ya indicó con respecto a la priorización de delitos y de autores, que la necesidad de utilizar el mecanismo de racionalización de la acción penal denominado "priorización" se encuentra en concordancia con lo establecido por distintas entidades internacionales.

La Corte se reserva, sin embargo, su opinión *definitiva* acerca de la aceptabilidad del sistema de la JEP y su compatibilidad con el deber de persecución de los Estados, las garantías judiciales y el derecho de las víctimas a la protección judicial, al proclamar:

> Por último, en lo que respecta a los alegatos relacionados con el esquema de la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP), en particular aquellos referidos a la priorización y selección de delitos y de autores, o a la proporcionalidad de las penas previstas en ese esquema, esta Corte constata que esa jurisdicción, la cual analiza los casos en su conjunto buscando identificar características comunes y esclarecer la existencia de estructuras criminales complejas que perpetraron las violaciones a los derechos humanos, recién está en los inicios de las investigaciones sobre los hechos de la Unión Patriótica a través de los Casos 005 y 006. En ese sentido, la Corte carece de elementos

como para pronunciarse sobre la efectividad de esa jurisdicción o sobre si la misma vulneró o no los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial.

Cabe suponer, entonces, que la Corte IDH podría validar en ulteriores resoluciones el modelo de justicia retributiva-restaurativa mediante procedimientos de selección, priorización y condicionalidad establecidos en el Acuerdo de Paz de 2016. La homologación del modelo colombiano dependerá probablemente del grado de exigencia efectiva de responsabilidad penal que se articule respecto de los máximos responsables –actores estatales y no estatales– por los crímenes más graves, y del rigor con que se aplique el régimen de condicionalidad a los partícipes no determinantes, tanto civiles como militares.

La doctrina

En el contexto expresado, la renuncia al ejercicio de la acción penal sería legítima, según los precedentes internacionales, la experiencia de los procesos anteriores y la opinión de la CPI, la Corte IDH y la mayor parte de la doctrina, con ciertas condiciones:

1. La legitimación democrática y representativa de la mayoría de la sociedad de las autoridades estatales que adoptan tal decisión.
2. La adopción de las medidas flexibilizadoras debe producirse en un contexto transicional y tener como propósito la recuperación de las libertades democráticas o la consolidación de la paz, procurando en todos los casos la reconciliación nacional como objetivo final del proceso.
3. Las medidas de no ejercicio de la acción penal no pueden favorecer en ningún caso a los máximos responsables de crímenes internacionales.
4. El no ejercicio de la acción penal no debe impedir ni obstaculizar la investigación independiente e imparcial de los hechos constitutivos de la violación grave, porque la investigación es un derecho de las víctimas.
5. El no ejercicio de la acción penal debe respetar igualmente los derechos de las víctimas a la verdad y a la reparación.
6. Deben articularse, junto con el enjuiciamiento de los máximos responsables por los crímenes más graves, procedimientos alternativos de rendición de cuentas y de responsabilización para los demás autores de las violaciones, es decir, aquellos que se ven favorecidos por la decisión de no ejercicio de acciones penales.
7. La aplicación de las medidas debe tener lugar de manera individualizada.
8. El indulto, la sustitución de la pena por otra menos gravosa o el acuerdo de no ejercicio de la acción penal deben quedar sometidos a condiciones, tales como:
   a. El reconocimiento por el inculpado de su propia responsabilidad.

b. Su colaboración con la administración de justicia para el esclarecimiento de la verdad.
c. La reparación integral de las víctimas. Para que sea integral, la reparación debe ser rápida, plena, efectiva y proporcional a la gravedad y demás circunstancias del caso.[64] Se pueden arbitrar reparaciones de carácter individual y colectivo.[65]
d. La resocialización del inculpado, asumiendo este su obligación de no volver a delinquir, acordándose eventualmente una prohibición adicional, limitada temporalmente, de participar en el ejercicio de funciones públicas.[66]

La renuncia condicionada a la persecución penal en la JEP

La renuncia al ejercicio de la acción penal prevenida en los artículos 18 transitorio párrafo 3 del Acto Legislativo 01 de 2016 y el artículo 19 de la Ley Estatutaria 1957 de 2019 no puede equivaler a una amnistía: al recaer la decisión sobre individuos responsables de crímenes internacionales no amnistiables, el no ejercicio se convertiría, en caso de tener la misma fundamentación y efectos que la amnistía, en una decisión adoptada en fraude de ley, precisamente para sortear y eludir la prohibición de amnistiar[67] aquellas conductas gravemente lesivas para el orden jurídico internacional. La no persecución penal no puede equivaler a la no exigencia incondicional, absoluta y generalizada de responsabilidad, ni tener como consecuencia la impunidad.

---

[64] Principios de Joinet & Orentlicher, reseñados arriba. Naciones Unidas, Comisión de Derechos Humanos, Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad, *op. cit*.

[65] Olásolo, *Derecho internacional penal, justicia transicional y delitos transnacionales: dilemas políticos y normativos*, *op. cit*.

[66] La falta de previsión de procedimientos de *vetting* para los servidores públicos, y la omisión de procedimientos de apartamiento –suspensión o inhabilitación– temporal o definitivo del servicio público de los actores estatales que hayan participado en la comisión de crímenes graves, aunque su participación no haya sido determinante, es posiblemente el aspecto en el que el sistema de la JEP se aparta más claramente de los referentes y estándares internacionales. No parece probable que esta omisión pueda dar lugar a la activación de los mecanismos de complementariedad del Estatuto de Roma por parte de la Fiscalía de la CPI, pero para la validación final del modelo habrá que esperar a conocer los futuros pronunciamientos de la Corte IDH, que ha sostenido con firmeza y de manera reiterada la incompatibilidad con la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) de cualesquiera medidas adoptadas por los Estados que conlleven la impunidad *de iure* o *de facto* de los responsables –especialmente de los actores estatales– de las violaciones graves de los derechos humanos.

[67] Princeton University, *Princeton Principies on Universal Jurisdiction*, Princeton, Princeton University, 2001, principio 7, 1: "Las amnistías son generalmente inconsistentes con la obligación de los estados de perseguir los crímenes de guerra, los crímenes contra la paz, los crímenes contra la humanidad, el genocidio".

Para distinguirse de una amnistía general, la decisión de renunciar al ejercicio de acciones penales debe estructurarse sobre los siguientes principios, a los que debe servir de desarrollo e implementación:

1. La decisión de aceptación ante la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas (SDSJ) de su responsabilidad por parte de los comparecientes no seleccionados debe ser libre. Su consentimiento debe ser informado, e ir acompañado de las garantías del debido proceso y el derecho de defensa.
2. En todos los procesos de renuncia al ejercicio de acciones penales se dará participación a las víctimas.
3. La aplicación de tales medidas debe formularse en audiencia pública, con las prevenciones que resulten necesarias para garantizar la seguridad de los comparecientes.
4. Las decisiones de renuncia al ejercicio de la acción penal deben ser adoptadas de manera individualizada, caso por caso, en atención a las circunstancias específicas de los hechos y del responsable, y nunca de manera general o colectiva.
5. El procedimiento ha de consistir en una genuina rendición de cuentas. Eso implica que los hechos deben ser investigados con diligencia, con todos los medios disponibles, de manera exhaustiva y con el objetivo primordial de asegurar el derecho irrenunciable de las víctimas y de la sociedad al pleno esclarecimiento de la verdad.
6. Una vez establecidos los hechos y las personas responsables de los mismos, la no selección y consiguiente exclusión de la responsabilidad penal de los partícipes no determinantes ha de ser el corolario de la exigencia efectiva de la responsabilidad penal a los que sí hayan sido seleccionados; expresado en otros términos: se deja de perseguir a los comparecientes no seleccionados porque se considera que los únicos *penalmente responsables* de los crímenes son aquellos seleccionados a quienes sí se acusa. La medida equivale al reconocimiento de una presunción *iuris et de iure* de que todos los partícipes no determinantes, cuya responsabilidad penal se excluye, actuaron sin disponer del dominio del hecho, que ostentaban otros, o bien obraron obedeciendo órdenes de los máximos responsables, cuya responsabilidad penal, precisamente por esa razón, se afirma.
7. La no persecución penal no puede significar que los partícipes no determinantes no sean responsables porque, en tal caso, la renuncia al ejercicio de la acción penal equivaldría a su exoneración, es decir, a su impunidad, lo que con arreglo a los estándares internacionales no resulta aceptable. Se excluye su responsabilidad *penal* precisamente porque se afirma que han incurrido en *otra clase* de responsabilidad, cuyo contenido jurídico no sancionatorio estriba en el sometimiento del responsable

a un procedimiento de rendición de cuentas diferente, que se traduce en la imposición de un régimen estricto de condicionalidad.

8. Para ser acreedor de los beneficios de la renuncia del Estado al ejercicio de la acción penal, los comparecientes ante la JEP deben encontrarse entre los no seleccionados o priorizados por la Sala de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad (SRVR) para ser enviados a juicio. Una vez a disposición de la SDSJ, deben reconocer y aceptar su responsabilidad, ya que, de lo contrario, tienen que ser seleccionados, aunque no lo hubieran sido anteriormente, y remitidos a la Unidad de Investigación y Acusación (UIA) para, eventualmente, ser acusados y llevados a juicio.
9. El régimen de condicionalidad tiene carácter no sancionatorio, pero no puede equivaler a una amnistía encubierta. La decisión de no ejercer la acción no puede amparar la no exigencia de responsabilidad de los perpetradores, sino que, por el contrario, debe servir para proclamar esa responsabilidad. Para ello:
   a. Ha de basarse en una priorización legal, moral y políticamente aceptable y justificada, debidamente motivada, de los casos de macrocriminalidad que han sido identificados con criterios objetivos,[68] como aquellos que deben ser perseguidos penalmente por considerarse las conductas más graves o por su carácter sistemático.
   b. Ha de fundamentarse igualmente en una selección objetiva[69] de los individuos que son considerados máximos responsables, individualizados con criterios de liderazgo y dominio del hecho determinantes de la máxima responsabilidad.
   c. La renuncia a la persecución penal de los no seleccionados se fundamenta y se hace indispensable:

      i. Por la imposibilidad material de enjuiciar a todos los responsables de todos los niveles por todos los delitos y respecto de todas las víctimas. La decisión se adopta, por tal razón, en *interés de la justicia*, en aplicación del principio de oportunidad establecido en la ley, para evitar el colapso del sistema judicial y posibilitar el enjuiciamiento de los máximos responsables.

---

[68] Gobierno de Colombia, Ley Estatutaria 1957 de 2019, *Diario Oficial* 50.976 de 6 de junio 2019.

[69] La selección es igualmente reconocida en el Estatuto de Roma como un procedimiento al que debe acudir la Fiscalía de la Corte Penal Internacional (Office of the Prosecutor, OTP por su acrónimo en inglés) para discernir qué casos, por su mayor relevancia, ameritan su atención. Sin embargo, la jurisdicción de la Corte es subsidiaria, y, por ello, su no selección no exonera a los individuos ni excluye la responsabilidad penal de los hechos, porque la jurisdicción de los Estados sigue estando obligada a perseguirlos. De la misma forma, la selección operada por el Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia (TPIY) tampoco excluyó la responsabilidad penal de los responsables de los crímenes no seleccionados, que se ha mantenido vigente y exigible ante los tribunales nacionales.

ii. Con el objetivo de restaurar el orden jurídico y restablecer el principio de legalidad y el carácter disuasorio de las normas penales y administrativas sancionatorias.

iii. Con el fin de permitir que la sociedad deje atrás el conflicto, se reconcilie y supere colectivamente la situación precedente de violación sistemática e impune de los derechos fundamentales.

iv. La reconciliación debe construirse a partir de la reedición del contrato social entre los colombianos, la aceptación del principio moral y político de que las controversias individuales o colectivas que se susciten en adelante se solucionarán pacíficamente con los instrumentos del Estado de derecho, renunciando por ello a servirse de la violencia y la corrupción para la consecución de cualesquiera objetivos, así como del compromiso solemne de los partícipes de que lo irreparable ocurrido en el pasado no volverá a ocurrir nunca más.

d. Ha de ser una renuncia sometida a una condicionalidad estricta.

i. Las medidas no penales que se impongan a las personas favorecidas por la renuncia al ejercicio de la acción penal han de corresponder de manera proporcional a la gravedad de las conductas cuya responsabilidad no penal se declara.

ii. Las condiciones mínimas han de ser:

1. El reconocimiento de la verdad y la responsabilidad.
2. La contribución al pleno esclarecimiento de los hechos, ofreciendo el compareciente toda la información de que disponga, incluida la relativa a otros hechos delictivos de los que tenga conocimiento, aunque no haya participado en su comisión.
3. El compareciente deberá facilitar la información que tenga sobre activos ilícitos producto de la conducta delictiva.
4. El deber de contribución al esclarecimiento de los hechos de los comparecientes incluye la información que deben prestar, incluso en calidad de testigos, a la CEV, a la Unidad de Búsqueda de Personas dadas por Desaparecidas (UBPD) o a la propia JEP.
5. El aporte no debe tener necesariamente carácter exhaustivo, pero sí alcance estratégico, en la medida de lo posible.[70]
6. La contribución a la reparación de las víctimas[71] debe traducirse en la participación activa de los comparecientes en los proyectos reparadores y en los actos públicos y solemnes de reconocimiento de las víctimas, y de manera material y simbólica, a través de los trabajos,

[70] JEP - Sala de Definición de Situaciones Jurídicas, SDSJ, Resolución 008017 de 24 de diciembre de 2019, que señala la importancia del esclarecimiento de los vínculos del sector privado con el conflicto y de los agentes del Estado con los grupos paramilitares.

[71] JEP, Sentencia Interpretativa TP-SA-Senit 1 de 2019.

obras y acciones con contenido restaurativo y reparador (TOAR) que sean establecidos.

7. La garantía de no repetición deberá consistir en la participación activa de los comparecientes favorecidos por la renuncia en el programa de reincorporación, y en la observancia estricta del compromiso de no volver a delinquir.
8. La definición de la situación ha de ser firme y definitiva, pero inmediatamente revocable en caso de incumplimiento de las condiciones acordadas.
9. La SDSJ debe retener la potestad de remitir a la UIA, a fin de que eventualmente resulten acusados aunque no sean los máximos responsables ni partícipes determinantes, a aquellos comparecientes a quienes se imputen crímenes de particular gravedad, o cuya participación se encuentre en una relación singular de inmediación con la causación de las conductas, o con el desvalor de las mismas o de su resultado, en relación con los patrones macrocriminales más graves y representativos. Esta posibilidad, de carácter excepcional, deberá ser motivada y tomará en cuenta el parecer de las víctimas.
10. Procedimentalmente, la SDSJ recibirá a los no seleccionados por la SRVR, o a quienes comparezcan directamente ante ella sin haber sido seleccionados, y les ofrecerá aceptar su responsabilidad. En caso de respuesta afirmativa, la Sala definirá su situación de manera definitiva acordando su no persecución condicionada. Si rehúsan aceptar, o cuando se considere que su aportación al esclarecimiento de los hechos no ha sido completa, o en casos de singular gravedad apreciados individual y excepcionalmente, la Sala los remitirá a la UIA para que sean eventualmente acusados. Si la UIA decide acusarlos, serán remitidos seguidamente al Tribunal para su enjuiciamiento. En caso contrario, serán devueltos a la SDSJ o a la Sala de Amnistía o Indulto (SAI) para la decisión definitiva.

Para atender los casos no priorizados y no seleccionados por la SRVR, la Presidencia de la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas, cumpliendo la estrategia definida por los magistrados, ha emitido ya dos decisiones,[72] teniendo en cuenta la priorización de la Sala de Reconocimiento en macrocasos y

[72] La Resolución PSDSJ 003 del 18 de abril de 2023, que establece tres subsalas especiales de conocimiento y decisión en las regiones del departamento de Norte de Santander o región del Catatumbo, región Caribe batallón La Popa, y departamento de Casanare; y la Resolución PSDSJ 021 de 13 de diciembre de 2023, que establece tres subsalas especiales de conocimiento y decisión, una para los otros departamentos de la costa Caribe y departamentos del Huila y Tolima, otra para el departamento de Antioquia y occidente del país, y la tercera para Amazonas y los demás departamentos del territorio nacional donde se presentó el patrón de macrocriminalidad, Caso

subcasos, dividiendo la Sala en subsalas especiales de conocimiento y decisión respecto de miembros de la fuerza pública, enfocadas en unidas militares y ejes territoriales determinados.

En definitiva, la aceptación desde el derecho internacional de los procedimientos de renuncia al ejercicio de la acción penal dependerá de la credibilidad en su conjunto de los procedimientos de rendición de cuentas arbitrados por la JEP, es decir, de la exigencia efectiva de la responsabilidad penal a los máximos responsables, y de la imposición genuina de una condicionalidad estricta a los partícipes no determinantes cuyas conductas no vayan a ser enjuiciadas penalmente y no puedan ser amnistiadas.

La claridad y razonabilidad de los criterios utilizados para establecer una narrativa compartida que supere el conflicto y para deslindar responsabilidades, y la manera en que dichos criterios sean comunicados a los comparecientes, a las víctimas, a la sociedad colombiana y a la comunidad internacional, serán igualmente determinantes de la aceptación del modelo de justicia transicional de la JEP. Se debe hacer justicia y se debe mostrar que se ha hecho.

Bibliografía

Ambos, Kai, *Impunidad y derecho penal internacional*, Buenos Aires, Ad Hoc, 1999.

Ambos, Kai, *Justicia de transición, especial referencia al caso colombiano*, Bogotá, Temis, 2008.

Ambos, Kai, Francisco Cortés Rodas y John Zuluaga Taborda, *Justicia transicional y derecho penal internacional*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2018.

Ambos, Kai, *El marco jurídico de la Justicia de transición, con informes de América Latina, Alemania, Italia y España*, Bogotá, Temis, 2010.

Bass, Gary J., *Stay the Hand of Vengeance: The Politics of War Crime Tribunals*, Princeton, Princeton University Press, 2000.

Calvet Martínez, Elisenda, *Desapariciones forzadas y justicia transicional*, Valencia, Cruz Roja Española, Tirant lo Blanch, 2018.

Cámara Arroyo, Sergio, *Justicia transicional y derecho penal internacional, alianzas y desencuentros*, Barcelona, Bosch, 2020.

Chinchón Álvarez, Javier, "El derecho penal internacional en contextos transicionales", en Alicia Gil Gil y Elena Maculan, *Derecho penal internacional*, Madrid, Dykinson, 2019.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe anual 2011*.

03: Asesinatos y desapariciones forzadas ilegítimamente presentados como bajas en combate por agentes del Estado.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe Anual: Verdad, Justicia y Reparación: Cuarto informe sobre la situación de derechos humanos en Colombia*, OEA/Ser.L/V/II, Doc. 49/13, 31 de diciembre de 2013.
Gil Gil, Alicia y Elena Maculan, *Derecho penal internacional*, Madrid, Dykinson, 2019.
Krog, Antjie, *Country of my Skull: Guiult, Sorrow, and the Limits of Forgiveness in the New South Africa*, New York, Three Rivers Press, 1999.
Maculan, Elena, "Derecho penal, obligaciones internacionales y justicia de transición", *Revista Penal*, n.º 41, 2018.
Maculan, Elena, *Los crímenes internacionales en la jurisprudencia latinoamericana*, Madrid, Marcial Pons, 2019.
Mallinder, Louise, "Can amnesties and international justice be reconciled?", *International Journal of Transitional Justice*, n.º 1, 2007.
Mallinder, Louise, "Amnesties", en M. C. Bassiouni, *The Pursuit of International Criminal Justice: A World Study on Conflicts, Victimization and Post-Conflict Justice* (pp. 900-922), Cambridge, Intersentia, 2010.
MAPP-OEA, *Diagnóstico de Justicia y Paz en el marco de la justicia transicional en Colombia*, Washington, OEA, 2011.
Olásolo Alonso, Héctor, *Ensayos de derecho penal y procesal internacional*, Valencia, Instituto Iberoamericano de La Haya, Tirant lo Blanch, 2011.
Olásolo Alonso, Héctor, *Derecho internacional penal, justicia transicional y delitos transnacionales: dilemas políticos y normativos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017.
Organización de las Naciones Unidas, Informe A/HRC/27/56, 27 de agosto de 2014.
Princeton University, *Princeton Principies on Universal Jurisdiction*, Princeton, Princeton University, 2001.
Stahn, Lavinia y Nadya Nedelsky, *Encyclopedia of Transitional Justice*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013.
Stewart, James, "El rol de la CPI en el proceso de justicia transicional en Colombia", Conferencia organizada por el Instituto Max Planck, 2018.
UN Security Council, *El Estado de derecho*, Ginebra, ONU.
Werle, Gerhard y Florian Jessberger, *Tratado de derecho penal internacional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017.

Jurisprudencia

Congreso de la República, Acto Legislativo 01 de 2017.
Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (CADHP), 245/2002 Zimbabwe Human Rights NGO Forum v. Zimbabwe, 2006-2007.
Comité contra la Tortura de la ONU, Kepa Urra Guridi v. España, UN Doc. CAT/C/34/D/212/2002.

Comité de Derechos Humanos de la ONU, Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos, Togo, UN Doc. CCPR/C/CO/4, de 18 de abril de 2011.
Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-579 de 2013, M. S. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.
Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-464 de 2014, M. P. Alberto Rojas Ríos.
Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-694 de 2015, M. P. Alberto Rojas Ríos.
Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-050 de 2018, M. S. Cristina Pardo Schlessinger.
Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-080 de 2018, M. P. Antonio José Lizarazo Ocampo.
Corte Europea de Derechos Humanos (ECtHR), Caso 4455/10 Margus v. Croacia, 13 de noviembre de 2012.
Corte IDH, Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, Sentencia de 29 de julio de 1988, Fondo, Serie C, n.° 04.
Corte IDH, Caso Barrios Altos, vs. Perú, Sentencia de 14 de marzo de 2001, Serie C, n.° 75.
Corte IDH, Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia, Sentencia de 25 de mayo de 2010, Serie C, n.° 213.
Corte Penal Internacional, Sala de Primera Instancia 11, Sentencia Germain Katanga.
Gobierno de Colombia, Ley Estatutaria 1957 de 2019, *Diario Oficial* 50.976 de 6 de junio 2019.
JEP - Sala de Definición de Situaciones Jurídicas, Resolución 008017 de 24 de diciembre de 2019.
JEP, Auto TPSA 1350 del 1 de febrero de 2023, asunto Carlos Felizola Gutiérrez y otros.
JEP, Auto TP-SA 1366 del 22 de febrero de 2023, asunto Jhon Jairo Pabón Vega.
JEP, Sentencia Interpretativa TP-SA-Senit 1 de 2019.
JEP, Sentencia Interpretativa TP-SA-Senit 5 del 17 de mayo de 2023.
JEP, Sentencia TP-SA-RPP 230 de 10 de febrero de 2021, asunto Jhon Jairo Moreno Jaimes.
Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sentencia de 13 de noviembre de 2012, Caso Margus vs. Croatia.

LOS AUTORES

Roberto Carlos Vidal
Presidente de la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP),
magistrado de la Sección de Primera Instancia
para Casos de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad

Abogado de la Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá; doctor en Derecho de la misma universidad, con estudios en Historia. Ha sido profesor universitario e investigador experto en derechos humanos, derecho internacional humanitario, migraciones forzadas y desplazamiento interno. Además de su trabajo como docente en la Universidad Javeriana, ha sido docente de la Universidad del Rosario e investigador visitante de la Universidad de Essex, en Reino Unido. También ha trabajado para la Fundación Ideas para la Paz, el sistema de Naciones Unidas en Colombia, la Asociación Internacional para el Estudio de las Migraciones Forzadas (IASFM), la Red Universitaria por la Paz, la Defensoría del Pueblo y el Brookings Institution, un centro de pensamiento con sede en Washington. Fue director del Instituto Pensar de la Universidad Javeriana. En su producción académica registra más de 30 publicaciones.

Julieta Lemaitre Ripoll
Magistrada de la Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad
y de Determinación de Hechos y Conductas de la Jurisdicción Especial
para la Paz (JEP)

Abogada de la Universidad de los Andes, doctora en Ciencias Jurídicas de la Universidad de Harvard y magíster en Estudios Interdisciplinarios de la Universidad de Nueva York (Estados Unidos). Desde 1999 es profesora asociada de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes.

Gina Cabarcas Maciá
Directora general y socia fundadora del Laboratorio de Justicia
y Política Criminal (LJPC)

Abogada e historiadora de la Universidad de los Andes, con maestría en Historia, y LL. M. de la Escuela de Derecho de la Universidad de Yale.

VOLVER A TABLA DE CONTENIDO

Hace parte de la lista de expertas en investigación de crímenes internacionales de Justice Rapid Response y es miembro de la Red de Litigio Estratégico en Género de América Latina (Releg). Tiene experiencia de más de quince años en investigación social y criminal de graves violaciones de los derechos humanos e infracciones al derecho internacional humanitario en Colombia. Ha participado en el diseño e implementación de políticas públicas para la innovación en la investigación y el análisis criminal de Colombia. Dirigió equipos interdisciplinarios para la investigación de homicidios, desapariciones, amenazas y despojo de tierras en la Fiscalía General de la Nación. En 2018 y 2019 estuvo a cargo del diseño e implementación de metodologías para la investigación humanitaria y extrajudicial de búsqueda de personas desaparecidas en la Unidad de Búsqueda de Personas dadas por Desaparecidas, creada a partir de los Acuerdos de Paz en Colombia. En el Laboratorio de Justicia y Política Criminal coordina el proyecto de apoyo a la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP) y lidera la sistematización y el análisis de información en distintos proyectos.

Alejandro Ramelli Arteaga
Magistrado de la Sección de Ausencia de Reconocimiento de Verdad y de Responsabilidad de los Hechos y Conductas de la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP)

Abogado de la Universidad Externado de Colombia, máster en Derechos Humanos de la Universidad de París X Nanterre, doctor en Derecho de la Universidad de Salamanca. Ha sido profesor en las universidades Externado de Colombia, Santo Tomás, Libre, Sergio Arboleda, Andes, entre otras. Fue jefe de la Unidad Nacional de Derechos Humanos, jefe de la Unidad Nacional de Análisis y Contexto, fiscal ante el Tribunal de Justicia y Paz, fiscal delegado ante la Corte Suprema de Justicia, magistrado auxiliar del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional y perito ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Cuenta con cerca de 40 publicaciones en derechos humanos, derecho internacional humanitario, derecho constitucional y derecho penal internacional.

Óscar Javier Parra Vera
Magistrado de la Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de Hechos y Conductas de la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP)

Abogado de la Universidad Nacional de Colombia, magíster en Criminología y Justicia Criminal de la Universidad de Oxford y en Derecho de la Universidad Nacional de Colombia. Se desempeñó como abogado coordinador en la Corte Interamericana de Derechos Humanos; trabajó como becario "Rómulo Gallegos" y como consultor en la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Visitante profesional en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (2013), en comisión de servicios por la Secretaría de la Corte Interamericana. Ha sido convocado como experto por mecanismos de Naciones Unidas como el Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas e Involuntarias. Fue investigador visitante en la Abo Akademi University (Institute for Human Rights, Finlandia). En Colombia trabajó como investigador en

la Defensoría del Pueblo y en la Comisión Colombiana de Juristas, y como auxiliar judicial de la Corte Constitucional. Ha sido profesor, entre otras instituciones, de la Universidad Nacional de Colombia, de la maestría en Derechos Humanos y Democracia de la Flacso (México) y del Instituto Internacional de Derecho Humanitario, sede San Remo (Italia).

Belkis Florentina Izquierdo Torres/ Aty Seikuinduwa
Magistrada de la Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de Hechos y Conductas de la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP)

Abogada de la Universidad Nacional de Colombia, magíster en Administración Pública de la Escuela Superior de Administración Pública (ESAP). Nació en Jewrwa, territorio arhuaco, municipio de Pueblo Bello, Cesar, y es una reconocida líder del pueblo arhuaco, siendo la primera mujer indígena que llegó a ser magistrada auxiliar del Consejo Superior de la Judicatura. Se ha desempeñado como asesora de la Presidencia de la República, del Ministerio del Interior, consultora del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) y asesora jurídica de diferentes entidades públicas y privadas. Siempre ha trabajado por el reconocimiento e impulso de la autonomía indígena en materia de justicia como un derecho fundamental, por el fortalecimiento de la coordinación entre los sistemas de derecho indígena y la jurisdicción ordinaria, y por la defensa de los derechos de las mujeres y la niñez.

Ana Elena Abello Jiménez
Magistrada auxiliar itinerante de la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP)

Abogada de la Universidad Externado de Colombia, con especialización en Ciencias Penales y Criminológicas, y en Responsabilidad y Daño Resarcible, de la misma Universidad; maestría en Derecho Internacional de los Derechos Humanos y Justicia Criminal en la Universidad de Utrecht; maestría en Construcción de Paz en la Universidad de los Andes. Ha trabajado en la Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas de la JEP desde 2018. Fue asesora del vicefiscal general de la nación, fiscal especializada de la Dirección Nacional Anticorrupción, profesional especializada de la Corte Constitucional, y abogada litigante en una firma de abogados penalistas.

Catalina Díaz Gómez
Magistrada de la Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de Hechos y Conductas de la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP)

Abogada de la Universidad del Rosario, maestría en Sociología de la Universidad de Oxford y en Derecho en Interés Público de la Universidad de Nueva York (becaria Fullbright). Durante cinco años trabajó como directora de Justicia Transicional del Ministerio de Justicia y también fue enlace de esta cartera con la Mesa de Conversaciones para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera en Colombia. Trabajó durante seis años con el Centro Internacional para

la Justicia Transicional (ICTJ), en donde asesoró a diferentes autoridades y sectores de la sociedad civil en México, Ecuador y Timor Oriental, entre otros proyectos. También fue consultora del Centro Nacional de Memoria Histórica y del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), así como en la Comisión Colombiana de Juristas (CCJ).

Lina María Moreno
Magistrada auxiliar itinerante de la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP)

Abogada de la Universidad Autónoma de Bucaramanga con especialización en Derecho Penal, y con maestría en Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario. Fue profesional nacional en la Misión de Apoyo al Proceso de Paz de la Organización de los Estados Americanos (MAPP-OEA) y asesora de la Dirección de Justicia Transicional del Ministerio de Justicia y del Derecho, en donde participó en la elaboración de propuestas legislativas de reforma a la Ley de Justicia y Paz y de creación normativa del Acto Legislativo 01 de 2017, que incorpora el Acuerdo de Paz en la Constitución Política y de los decretos leyes 589 y 587 de 2017 por medio de los cuales se creó la Comisión de la Verdad y la Unidad de Búsqueda de Personas dadas por Desparecidas en el marco del conflicto armado. Fue profesional de la Sala de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad de la JEP en donde contribuyó a la instrucción de los subcasos Norte de Santander y Antioquia del Caso 03, Asesinatos y desapariciones forzadas presentados como bajas en combate por agentes del Estado. Actualmente es magistrada auxiliar itinerante de esa misma Sala de Justicia. En el área docente se ha desempeñado como profesora en varias universidades colombianas en áreas de derecho constitucional, derechos humanos y derecho internacional humanitario.

Sandra Milena Santa Mora
Magistrada auxiliar itinerante de la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP)

Abogada y politóloga de la Universidad de los Andes, magíster en Derecho Internacional de la Universidad de Nueva York. Fellow del Programa de Derecho Internacional y Derechos Humanos de la Universidad de Nueva York y de la Comisión Nacional de Derechos Humanos de Kenia. Fue investigadora del Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad (Dejusticia). Trabajó como asesora de la directora de la Unidad para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas, y durante cuatro años hizo parte de la Dirección de Justicia Transicional del Ministerio de Justicia y del Derecho, como integrante del equipo que trabajó en el alistamiento normativo del Punto 5 del Acuerdo Final de Paz, incluyendo el diseño y trámite legislativo de las normas que pusieron en marcha el Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición en Colombia. Apoyó durante un año la puesta en marcha institucional de la Unidad de Búsqueda de Personas dadas por Desaparecidas. En el área docente ha sido profesora de Justicia Transicional en la Universidad Javeriana de Cali. En la actualidad es magistrada auxiliar itinerante de la JEP, designada al despacho de la magistrada Catalina Díaz Gómez de la Sala de Reconocimiento.

Eduardo Cifuentes Muñoz
Magistrado de la Sección de Apelación

Fue presidente de la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP) desde noviembre de 2020 hasta noviembre de 2022. Desde enero de 2018 hace parte de la Sección de Apelación del Tribunal para la Paz. Ha sido magistrado y presidente de la Corte Constitucional (1991-2000), donde lideró cambios doctrinales sobre el derecho al mínimo vital, el derecho a la igualdad, la acción de tutela contra sentencias judiciales, los estados de cosas inconstitucionales, la justiciabilidad de los derechos económicos y sociales, la titularidad de derechos en cabeza de las comunidades étnicas, el control de la declaratoria de los estados de excepción y la autonomía territorial. Como defensor del pueblo (2000-2003) creó el Sistema de Alertas Tempranas (SAT) de la Defensoría del Pueblo y el mecanismo de las resoluciones defensoriales. Adicionalmente, fue director de la División de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (Unesco) (2003-2005), miembro del grupo nacional de la Corte Permanente de Arbitraje de La Haya, mediador ante la Comisión Especial para el Tratamiento de Conflictos ante la Organización Internacional del Trabajo (OIT), presidente del Consejo Andino de Defensores del Pueblo (2003-2005) y decano y profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes.

Juan José Cantillo Pushaina
Magistrado de la Sala de Amnistía o Indulto de la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP)

Abogado de la Universidad del Norte, con maestría en Derecho Procesal Penal de la Universidad Sergio Arboleda y en Derechos Humanos, Estado de Derecho y Democracia en Iberoamérica de la Universidad de Alcalá; especializado en Derecho Administrativo de la Universidad Santiago de Cali y en Derecho Constitucional de la Universidad Libre. Ha sido defensor público y defensor regional del pueblo, funcionario del Departamento Administrativo para la Prosperidad Social y profesor de la Universidad Agraria.

Andrea Lozano Almario
Magistrada auxiliar de la Sección de Apelación de la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP)

Abogada, doctora en Derecho Internacional Público de la Universidad de París Nanterre, magíster en Derecho Internacional y en Derecho Internacional Económico de la misma universidad. Ha sido docente de la Universidad Militar Nueva Granada, de la Universidad del Rosario, de la Universidad Santo Tomás y de la Universidad Cooperativa de Colombia. Investigadora asociada del Centro de Derecho Internacional de la Universidad de París Nanterre y de la Red Iberoamericana de Ciencia y Naturaleza. Con experiencia en los sectores público y privado.

Gloria Amparo Rodríguez
Magistrada de la Sección de Revisión de Sentencias de la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP)

Abogada y doctora en Sociología Jurídica e Instituciones Políticas de la Universidad Externado de Colombia, magíster en Medio Ambiente y Desarrollo de la Universidad Nacional de Colombia; ha realizado especializaciones en Derecho Ambiental, Derecho Médico y Sanitario y Negociación, Conciliación y Arbitraje de la Universidad del Rosario. Se ha desempeñado como investigadora y profesora titular de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario. Ha hecho parte del Grupo de Investigación en Derecho Público, de la especialización y de la línea de investigación en Derecho Ambiental de la misma institución. Cuenta con diversas publicaciones sobre derechos humanos y, en especial, en temas relacionados con derecho ambiental, consulta previa, participación ciudadana y derecho de los grupos étnicos. Ha sido conjuez de la Corte Constitucional y del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

Andrea Mateus Rugeles
Magistrada auxiliar de la Sección de Revisión de la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP)

Abogada de la Universidad del Rosario, con maestría en Derecho Internacional de la Universidad de Nueva York, Estados Unidos. Profesora de Derecho Internacional Público y Derecho Penal Internacional en pregrado y posgrado. Fue docente e investigadora en Derecho Internacional de la Universidad del Rosario, coordinadora del área de Derecho Internacional de la Facultad de Jurisprudencia de la misma universidad, y entrenadora de concursos de juicios simulados ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Penal Internacional. Es autora de distintas publicaciones en derecho internacional público, derecho internacional de los derechos humanos, derecho penal internacional y derecho marítimo y salvamento. Ha sido tutora de la maestría en Defensa de los Derechos Humanos de la Universidad Santo Tomás.

Raúl Eduardo Sánchez Sánchez
Magistrado de la Sección de Ausencia de Reconocimiento de Verdad y de Responsabilidad de los Hechos y Conductas de la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP)

Abogado de la Universidad del Rosario, con maestría en Derecho Penal Internacional de London School of Economics y especialización en Derecho Procesal Penal de la Universidad del Rosario. Ha sido asesor del despacho del ministro de Justicia, profesor de la Universidad del Rosario, abogado litigante y conjuez de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia y el Tribunal Superior de Bogotá.

Carlos Fonseca Sánchez
Profesional especializado grado 33 de la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP)

Abogado de la Universidad del Rosario, LL. M. (avanzado) en Derecho Internacional Público (especialización en Derecho Penal Internacional) de la Universidad de Leiden, Países Bajos. Profesor de Derecho Penal Internacional en la Universidad Nacional de Colombia y de maestría en la Universidad Santo Tomás de Bogotá y la Universidad del Rosario. Se ha desempeñado como asesor jurídico de la JEP, investigador en el Grotius Centre for International Legal Studies de la Universidad de Leiden, editor asistente del *Leiden Journal of International Law*, investigador del Instituto Iberoamericano de La Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional; investigador del Centro Internacional para la Justicia Transicional (ICTJ) y abogado en derecho penal. Trabajó en el equipo de defensa del caso de El Fiscal v. Radovan Karadžić ante el Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia (TPIY).

Juan Ramón Martínez Vargas
Magistrado de la Sección de Primera Instancia para Casos de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad de la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP)

Abogado de la Universidad del Rosario, doctor en Derecho y magíster (DEA) en Cuestiones actuales sobre el Derecho Español e Internacional de la Universidad Alfonso X El Sabio de Madrid. Experto en derecho internacional, fue por varios años director del Grupo de Investigación en Derecho Internacional y profesor principal de Carrera Académica en el Área de Derecho Internacional de la Universidad del Rosario; fue conjuez de la Corte Constitucional; miembro del Consejo Asesor de la revista *Intergentes* de la Universidad de McGill (Canadá) y del Grupo de Expertos del Proceso Regular de Reporte y Evaluación Global del estado del Ambiente Marino de la Oficina de Asuntos Oceánicos y de Derecho del Mar de la Organización de las Naciones Unidas. Ha sido autor de varias obras y publicaciones académicas, incluyendo los libros *Derecho internacional y terrorismo*, *Tratado de derecho del mar* y *Robótica, armas y derecho internacional*.

Reinere Jaramillo Chaverra
Magistrada de la Sección de Ausencia de Reconocimiento de Verdad y de Responsabilidad de los Hechos y Conductas de la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP)

Abogada especialista en Derecho Público, con estudios en sociología; magíster en Investigación Social Interdisciplinaria y magíster en Derecho Internacional Humanitario, Derechos Humanos y Derecho Operacional. Es conciliadora en derecho, fue defensora pública de la Defensoría del Pueblo, alcaldesa local de Sumapaz y subdirectora del Departamento Administrativo de la Defensoría del Espacio Público de Bogotá. Docente universitaria en el área de Derecho Penal; consultora y asesora en temas de víctimas y derechos humanos, entre otros.

Mauricio García Cadena
Magistrado de la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas
de la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP)

Abogado de la Universidad del Rosario, magíster en Derecho Penal y Ciencias Penales de la Universidad de Barcelona, en conjunto con la Universidad Pompeu Fabra; especializado en Ciencias Penales y Criminológicas de la Universidad Externado de Colombia y en Derecho Procesal Penal de la Universidad del Rosario. Ha trabajado como magistrado auxiliar de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia y fue fiscal delegado ante el Tribunal de Distrito Judicial en la Unidad Nacional para la Justicia y la Paz; fue fiscal especializado de la Unidad Nacional de Derechos Humanos y derecho internacional humanitario, asesor del despacho del ministro de Agricultura y consultor del Instituto Interamericano de Cooperación para la Agricultura (IICA-OEA). Fue catedrático en Clínica Procesal Penal en la Universidad del Rosario.

Jaime Andrés Contreras Fonseca
Magistrado auxiliar itinerante de la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP)

Abogado de la Universidad del Rosario, doctor en Derecho y magíster *cum laude* en Derecho Internacional de la Universidad de los Andes. Se ha desempeñado como investigador de la Universidad del Rosario y la Universidad de los Andes, y como asesor del Ministerio del Interior, el Ministerio de Justicia y del Derecho y de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Ha sido profesor en el área de Derecho Internacional y Derechos Humanos en diversas universidades del país.

Nicolás Eduardo Ramos Calderón
Profesional especializado grado 33 de la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP)

Abogado y magíster en Derecho Internacional de la Universidad de los Andes y magíster en Políticas Públicas de la Universidad de Oxford, Reino Unido. Trabajó en la Dirección de Defensa Jurídica Internacional de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Se ha desempeñado también como abogado asociado en diferentes firmas de abogados, enfocando su práctica en el derecho internacional público y privado, la resolución de conflictos y los derechos humanos. En el área docente ha sido profesor de Derecho Internacional Público en la Universidad del Rosario.

Pedro Díaz Romero
Magistrado de la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas
de la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP).

Abogado de la Universidad Externado de Colombia, especializado en Derechos Humanos de la Universidad Complutense de Madrid. Ha trabajado durante más de dos décadas como fiscal en derechos humanos y justicia transicional, ha sido asesor de la Fiscalía del Estado de México, jefe de investigación de la Comisión Internacional Contra la Impunidad en Guatemala y abogado de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Camilo Alfredo López Delgado
Profesional Especializado Grado 33 de la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP)

Abogado de la Universidad Cooperativa de Colombia - Sede Pasto, candidato a magíster en Justicia y Tutela de los Derechos con énfasis en Ciencias Penales y Criminológicas de la Universidad Externado de Colombia, especialista en Instituciones Jurídico Procesales y en Derecho Constitucional de la Universidad Nacional de Colombia. Ha sido juez de la República y empleado de la Rama Judicial del Poder Público.

Alexandra Sandoval Mantilla
Magistrada de la Sala de Amnistía o Indulto de la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP)

Abogada de la Universidad de los Andes, con maestría en Derecho Internacional de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional de la Universidad de Utrecht. Ha sido abogada de Women´s Link Worldwide y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, magistrada auxiliar del Consejo de Estado y asesora de la Fiscalía General de la Nación.

Andrea Paola Molano Araque

Fue profesional especializado grado 33 de la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP).

Marcela Giraldo Muñoz
Magistrada de la Sala de Amnistía o Indulto de la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP)

Abogada de la Universidad EAFIT, con maestría en Derecho Internacional Humanitario de Geneva Academy of International Humanitarian Law and Human Rights. Fue abogada de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, trabajó en la división jurídica del Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) y fue investigadora jurídica en el Tribunal Penal Internacional para Ruanda.

Cristian Fernando Varela Fitzgerald
Magistrado auxiliar itinerante adscrito a la Presidencia de la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP)

Abogado de la Universidad Autónoma de Bucaramanga, especialista en Derecho Constitucional y Derecho Procesal, magíster en Derecho Internacional Humanitario, Derechos Humanos y Derecho Operacional. Fue juez penal del circuito, juez penal municipal con función de control de garantías y juez coordinador del Centro de Servicios Judiciales de Armenia. Inició en la JEP en el despacho de la magistrada Marcela Giraldo Muñoz de la Sala de Amnistía o Indulto, como profesional especializado grado 33.

Danilo Rojas Betancourth
Magistrado de la Sección de Apelación de la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP)

Abogado de la Universidad Libre de Colombia; especialista, magíster y doctor en Derecho de la Universidad Nacional de Colombia; especialista en Argumentación Jurídica de la Universidad de Alicante, especialista en Derecho Administrativo de la Universidad Santo Tomás de Aquino de Bogotá. Fue consultor de distintas organizaciones internacionales como la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) y el Consejo Noruego para los Refugiados. Fue director de la Dirección Nacional de Derechos Humanos del Ministerio del Interior, relator y magistrado auxiliar del Consejo de Estado. En el área docente se ha desempeñado como profesor en múltiples universidades colombianas en áreas de Derecho Constitucional, Teoría Jurídica, Filosofía del Derecho, Argumentación Jurídica y Derechos Humanos. Fue director del Departamento de Derecho de la Universidad Nacional y director de la revista *Pensamiento Jurídico* de la misma institución. Fue magistrado y presidente del Consejo de Estado de Colombia.

María Paula Gómez Méndez
Magistrada auxiliar de la Sección de Apelación de la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP)

Abogada y especialista de la Universidad Nacional de Colombia.

Luz Mary Castiblanco Castaño

Abogada de la Universidad Nacional de Colombia, magíster en Derecho Público de la Universidad de Ruan, Francia. Fue magistrada auxiliar de la Sección de Apelación de la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP).

Alejandro Cantillo Sandino
Magistrado auxiliar de la Sección de Apelación de la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP)

Abogado y especialista en Derecho Público de la Universidad Nacional de Colombia.

Francisco Antonio Franco Franco
Profesional especializado grado 33 de la Sección de Apelación de la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP)

Abogado, especialista en Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, y magíster de la Universidad Nacional de Colombia.

Diego Fernando Gómez González
Profesional especializado grado 33 de la Sección de Apelación de la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP)

Abogado y magíster de la Universidad Nacional de Colombia.

Camila Andrea Suárez Ángel
Profesional especializada grado 33 de la Sección de Apelación de la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP)

Abogada de la Universidad del Rosario, especialista en Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario de la Universidad Nacional y magíster de la Universidad de Essex.

Claudia Patricia Alvarado Bedoya
Fue profesional especializada grado 33 de la Sección de Apelación de la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP)

Abogada de la Universidad Libre de Colombia, magíster y doctora en Derecho de la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona.

Edward Francisco Álvarez Tafur
Profesional especializado grado 33 de la Sección de Apelación de la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP)

Abogado, especialista y magíster de la Universidad Nacional de Colombia.

Mauricio Díaz Celis
Magistrado auxiliar de la Sección de Apelación de la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP)

Abogado de la Universidad de Ibagué, especialista en Derecho Administrativo de la Universidad Javeriana, especialista en Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario de la Universidad Nacional de Colombia; magíster en Derecho, Gobierno y Gestión de la Justicia de la Universidad de Los Andes; magíster en Argumentación Jurídica de la Universidad de Alicante, España; Universidad de Palermo, Italia.

Krishna Gómez Castro
Auxiliar judicial grado 04 de la Sección de Apelación de la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP). Mujer raizal

Abogada de la Universidad Libre de Colombia, especialista en Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario de la Universidad Nacional de Colombia.

María Emma Wills
Profesora Adjunta, Facultad de Ciencias Sociales, Universidad de Los Andes. Investigadora independiente

Politóloga colombiana que ha combinado labores de investigación, con el desempeño de un cargo público y la docencia universitaria. Desde que se graduó como politóloga en 1983, ha encontrado en la pedagogía y la educación su vocación. Su actividad pública ha estado inspirada en la fuerza de la palabra, la confianza en el encuentro entre la academia y los saberes sociales, y una adhesión incondicional a los principios de pluralidad y rendición de cuentas sobre los que se fundan las ciudadanías y las democracias modernas. Sus más recientes publicaciones son: *Memorias*

para la paz o memorias para la guerra. Las disyuntivas frente al pasado que seremos, 2022; editora académica de *Narrativas artísticas del conflicto armado colombiano. Pluralidad, memorias, interpelaciones*, 2021; entre 2007 y 2018, estuvo a cargo de varias publicaciones sobre memorias y conflicto armado del Grupo de Memoria Histórica y el Centro Nacional de Memoria Histórica. Escribió "Los tres nudos de la guerra colombiana", uno de los 14 ensayos compilados en *Contribución al entendimiento del conflicto armado en Colombia* de la Comisión Histórica del Conflicto y sus Víctimas, 2015.

Óscar Mejía
Profesor titular del Departamento de Derecho de la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional de Colombia

Filósofo (UNC), MA en Filosofía Moral y Ph. D. en Filosofía Política (PWU, EE. UU.). Adelantó su segundo doctorado en Filosofía del Derecho en la Universidad Nacional de Colombia bajo la dirección del profesor Guillermo Hoyos, posdoctorado en Derecho de la misma universidad.

Carlos Castresana
Fiscal del Tribunal de Cuentas de España

Extensa y reconocida experiencia nacional e internacional como jurista: fiscal, abogado, juez, magistrado, profesor (Universidad Carlos III, University of San Francisco, Haverford College); conferencista (Harvard, Yale, Stanford, Berkeley); escritor y consultor (UNDP, UN DPA, World Bank, UE, CoE, FDFA Suiza, Fiscalía General Bahrein, PGR México). Especialidad en Derecho Penal Económico y Derechos Humanos. Autor de las denuncias de jurisdicción universal que iniciaron las causas contra los generales Videla y Pinochet en la Audiencia Nacional. Fiscal antidroga, anticorrupción y del Tribunal Supremo en España; comisionado de la ONU contra la impunidad en Guatemala, con rango de subsecretario general. Doctor *honoris causa* en México y Chile. Premio Nacional Derechos Humanos; oficial de la Legión de Honor de Francia; comendador de la República italiana; Orden Mérito Civil de España; Orden del Quetzal en Guatemala.

La fase de imposición de sanciones restaurativas que se avecina será el escenario de consolidación de la JEP. Por ello, la Jurisdicción ha venido adelantando el trabajo preparatorio que requiere su efectivo cumplimiento, gestionando la buena marcha del sistema restaurativo, "piedra angular de la política pública diseñada para la implementación de las sanciones propias y las medidas de contribución a la reparación que disponga la JEP" (Senit 5 de 2023), lo que incluye la Instancia de articulación del Gobierno nacional y la JEP creada en el Plan Nacional de Desarrollo (art. 205); la obligación del Gobierno de adecuar y ofrecer planes, programas y proyectos necesarios para la implementación de las sanciones propias y medidas que contribuyan a la reparación integral (art. 204), y la fijación en la JEP de algunas líneas restaurativas como el desminado humanitario, la reparación del medio ambiente, los TOAR orientados a la restauración o el mantenimiento de infraestructura urbana y rural, la conservación de memoria, y los daños diferenciales como la violencia sexual y las violencias basadas en género.

JEP | JURISDICCIÓN ESPECIAL PARA LA PAZ

KONRAD ADENAUER STIFTUNG

Programa Estado de Derecho Latinoamérica

Schweizerische Eidgenossenschaft
Confédération suisse
Confederazione Svizzera
Confederaziun svizra

Departamento Federal de Asuntos Exteriores DFAE
Secretaría de Estado
Paz y Derechos Humanos

ROBERTO VIDAL / JULIETA LEMAITRE / GINA CABARCAS / ALEJANDRO RAMELLI / OSCAR JAVIER PARRA / ANA ELENA ABELLO / CATALINA DÍAZ / LINA MARÍA MORENO / SANDRA MILENA SANTA / EDUARDO CIFUENTES / JUAN JOSÉ CANTILLO / ANDREA LOZANO / GLORIA AMPARO RODRÍGUEZ / ANDREA MATEUS / RAÚL EDUARDO SÁNCHEZ / CARLOS FONSECA/ JUAN RAMÓN MARTÍNEZ / REINERE JARAMILLO / MAURICIO GARCÍA / JAIME ANDRÉS CONTRERAS / NICOLÁS EDUARDO RAMOS / PEDRO DÍAZ / CAMILO ALFREDO LÓPEZ / ALEXANDRA SANDOVAL / ANDREA PAOLA MOLANO / MARCELA GIRALDO / CRISTIAN FERNANDO VARELA / DANILO ROJAS / MARÍA PAULA GÓMEZ / LUZ MARY CASTIBLANCO / ALEJANDRO CANTILLO / FRANCISCO ANTONIO FRANCO / DIEGO FERNANDO GÓMEZ / CAMILA ANDREA SUÁREZ / CLAUDIA PATRICIA ALVARADO / EDWARD FRANCISCO ÁLVAREZ / MAURICIO DÍAZ/ KRISHNA GÓMEZ / MARÍA EMMA WILLS / OSCAR MEJÍA / CARLOS CASTRESANA